ADOLFO ALVARADO VELLOSO

LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Compendio del libro SISTEMA PROCESAL
adaptado a la legislación procesal
de la Provincia de Santa Fe
por ANDREA MEROI

editorial Juris

© Copyright by
EDITORIAL LIBRERÍA JURIS
de Luis Maesano

Moreno 1580 / S2000DLF Rosario
Telefax 0341-4267301/2
República Argentina
editorial@editorialjuris.com
libreria@editorialjuris.com
www.editorialjuris.com

Esta edición se terminó de imprimir
en los talleres gráficos "Santa Fe",
en Rosario, noviembre de 2009.

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.
Derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial.

Impreso en Argentina
Printed in Argentina.

edición rústica.

ISBN: 978-950-817-327-0

Adolfo Alvarado Velloso, *Lecciones de derecho procesal civil* / Adolfo Alvarado Velloso ; con colaboración de Andrea Meroi. - 1a ed. - Rosario : Juris, 2009.
820 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-950-817-327-0

1. *Derecho Procesal Civil.* I. Meroi, Andrea, colab. II. Título CDD 347.05

Fecha de catalogación: 16/11/2009

PRESENTACIÓN

Hace apenas un año, Adolfo Alvarado Velloso terminó de dar forma a su visión del fenómeno procesal. Es seguro que la apremiante –aunque afectuosa– demanda de más de ochocientos alumnos de la Maestría en Derecho Procesal[1] dio el empellón final para este último y trascendente tramo. Así, publicó la tercera (y postrema[2]) parte de *Introducción al estudio del derecho procesal* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008) y, más recientemente, los dos tomos de su *Sistema Procesal. Garantía de Libertad* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008).

Hace en cambio ya muchos años, Adolfo Alvarado Velloso editó en la Argentina la obra más singular del procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, aquella referida a la *prueba judicial*. Con el extraordinario sentido práctico que siempre caracterizó a los emprendimientos editoriales del profesor rosarino, el *Compendio de la prueba judicial* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984) tuvo una invaluable ventaja respecto de la versión colombiana originaria: cada uno de los temas fue anotado y concordado con legislación procesal de los países de Iberoamérica y, particularmente, de Argentina (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los códigos procesales civiles de las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe). El éxito fue tal que la editorial Rubinzal-Culzoni lanzó una segunda edición actualizada en 2000.

El recuerdo de esta valiosa obra concordada, sumado a la nostalgia por ese tipo de investigación, nos animó a proponer la idea de enlazar la esencia de la construcción procesal de Alvarado Velloso con las normas nacionales y provinciales que regulan los institutos analizados. Se trata, de alguna manera, de volver sobre los pasos del autor, quien en *Introducción...* reclamaba "cambiar la mera glosa de la norma –que cualquiera puede leer y aun comprender– por la de la situación de vida en conflicto que la ley pretende regular, presentada como un fenómeno de convivencia que requiere de tutela legal para lograr una solución

1 Se trata de la Carrera de *Maestría en Derecho Procesal* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario dirigida por Adolfo Alvarado Velloso desde el año de su creación, 1998, y hasta nuestros días, en que transita por su 12ª edición.

2 Las anteriores fueron editadas por vez primera en 1989 (primera parte) y en 1998 (segunda parte).

"pronta y pacífica" y, ahora, traer esas normas para que el lector pueda conocer cómo es la regulación santafesina y, asimismo, juzgarla con los criterios alvaradianos o con los que él mismo pueda construir.

Entusiasta y *entrepreneur* resuelto, el autor nos dio el sí inmediato. Nuestro propio ánimo prendió en varios amigos y hoy es un hecho que obras análogas verán la luz en la mayoría de las provincias argentinas y en un número importante de países vecinos.

En lo que a estas *Lecciones* respecta, Alvarado Velloso compendió su obra *Sistema Procesal*, revisó contenidos y los acotó a lo procesal *civil*. Por nuestra parte, asumimos con indisimulado placer una tarea que nos retrotrajo dos décadas, cuando colaboramos con la monumental obra de Palacio-Alvarado Velloso[3]: la de concordar lo medular de ese derecho procesal civil con la respectiva legislación santafesina.

Confiamos en que el lector de esta obra podrá sumar a la visión *sistémica* del proceso civil –a esta altura, una verdadera marca del autor– las oportunas referencias nacionales y locales, de imprescindible conocimiento para la labor profesional, la consulta y aun la investigación.

En cuanto a la metodología utilizada, planteamos una distinción inicial: allí donde la indicación de la norma nada agregaba al desarrollo teórico, nos limitamos a insertar su correspondiente número en el propio texto; en cambio, allí donde era menester realizar alguna digresión, sistematizar la regulación del instituto en cuestión o ampliar aspectos no tratados, entremezclamos párrafos claramente identificables por sangrados y en cuerpo menor. En alguna ocasión excepcional, nos decidimos por la formación de un *anexo*.

Generaciones y generaciones de abogados santafesinos estudiamos por quien hoy es ya un *clásico* del derecho procesal. Quienes hoy tenemos el altísimo e inmerecido honor de hacer la posta de sus ideas en la cátedra, seguimos enseñando por su obra. La que hoy presentamos a ustedes tiene el indudable atractivo de condensar el pensamiento de Alvarado Velloso en un solo volumen y el menos importante (pero quizá urgente en la hora actual) de alivianarnos la tarea de búsqueda legislativa local.

Andrea A. Meroi

3 Palacio, Lino E. - Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 10 tomos, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988-1998.

ABREVIATURAS

Ac.	Acordada
arg.	Argumento
art. 000	Artículo del CPC de Santa Fe
art. 000, 0°	Artículo e inciso del CPC Santa Fe
CAer,	Código Aeronáutico
CC,	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
CN,	Constitución nacional
CP,	Constitución provincial de Santa Fe
CPC,	Código Procesal Civil de Santa Fe
CPCN,	Código Procesal Civil de la Nación Argentina
CPL	Código Procesal Laboral de Santa Fe
CPen,	Código Penal
CPP,	Código Procesal Penal de Santa Fe
CSJN,	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CSJSFE	Corte Suprema de Justicia de Santa Fe
DLn,	Decreto Ley nacional
DLp,	Decreto Ley provincial
Fallos,	Colección de Fallos de la CSJN
Ln,	Ley nacional
LOPJ,	Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe
Lp,	Ley provincial

p.ej.;	Por ejemplo
SFE	Santa Fe
v.gr.:	Verbi gratia
000	Número seguido a una abreviatura refiere a la norma contenida en la ley respectiva (por ejemplo, CC, 42 menciona al art. 42 del Código Civil)
#	número de párrafo

LECCIÓN 1

LA CAUSA Y LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO Y UNA APROXIMACIÓN A SU IDEA LÓGICA

SUMARIO

1. Causa del proceso: el conflicto de intereses
2. Posibles soluciones del conflicto de intereses
   2.1. Autodefensa
   2.2. Autocomposición
      2.2.1. Medios directos
         2.2.1.1. Desistimiento
         2.2.1.2. Allanamiento
         2.2.1.3. Transacción
      2.2.2. Medios indirectos
         2.2.2.1. Amigable composición
         2.2.2.2. Mediación
         2.2.2.3. Decisión
   2.3. Heterocomposición pública
3. Razón de ser del proceso
4. Aproximación a la idea lógica de *proceso*
   4.1. Funciones del proceso
   4.2. Nociones de *conflicto, litigio* y *controversia*
   4.3. Descripción del método de debate
   4.4. Objeto del proceso

1. LA CAUSA DEL PROCESO: EL CONFLICTO DE INTERESES

Toda explicación habitual de la asignatura *Derecho Procesal* pasa por una obligada referencia inicial a la ley que rige la materia, con prescindencia del problema de la vida que generó su creación y vigencia, que es lo que verdaderamente importa pues permite comprender cabalmente el fenómeno del *proceso judicial*.

Creo que tal método no es correcto pues impide vincular adecuadamente los dos extremos que se presentan en la aplicación de toda y cualquiera norma: la aparición del problema de convivencia y la solución que a ese problema le otorga la ley.

De ahí que comienzo la explicación de estas *Lecciones* con una primaria y obligada referencia a la *causa del proceso*: el *conflicto intersubjetivo de intereses.*

En esa tarea, creo que es fácil imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) –no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra– tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia.

En estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho.

Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de *vivir* para comenzar a *convivir*), aparece ante él la idea de *conflicto:* un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etc.) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos.

Surge de esto una noción primaria: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le asigno el nombre de *pretensión.*

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento "¡dame!" se recibe como respuesta "te doy"), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Y en este supuesto no se necesita el Derecho.

Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento "¡dame!" la respuesta es "no te doy") resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia,* que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar* o en un *no cumplir un mandato vigente.*

Al fenómeno de *coexistencia de una pretensión* y *de una resistencia* acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social, le doy la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses.*

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social, en el cual los problemas de convivencia parecen ser acotados.

Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía –y notablemente– el campo conflictual.

Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un "dame" con la respuesta "no te doy" sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etc. El concepto sirve también para el campo delictual: ya se verá oportunamente el porqué de esta afirmación.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo. De ahí que seguidamente pase a esbozar sus soluciones.

2. LAS POSIBLES SOLUCIONES DEL CONFLICTO INTERSUBJETIVO DE INTERESES

Planteada elementalmente la noción de conflicto como la de un fenómeno inherente a la convivencia, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por *el uso de la fuerza*: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento.

Y esto se presenta como claramente disvalioso pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción. Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal.

No creo que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo se hizo para que la *fuerza de la razón* sustituyera a la *razón de la fuerza*, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta –como medio de discusión– la innegable ventaja de igualar a los contendientes.

Pero cuando ello ocurrió, se aceptó por todos los coasociados la posibilidad de *dialogar* para intentar lograr la autocomposición pacífica de los conflictos, sin uso de armas o de fuerza.

Utilizando exclusivamente el razonamiento lógico y conforme con lo recién visto, puede colegirse que cuando se desencadena un conflicto intersubjetivo de intereses, en definitiva termina por una de dos vías: a) se *disuelve* por los propios interesados, directa o indirectamente o b) se *resuelve* por acto de autoridad, legal o convencional. Y no hay otra posibilidad, como luego se advertirá.

Veamos ahora los *medios por los cuales un conflicto puede disolverse*. Ellos son: la autodefensa y la autocomposición.

2.1. LA AUTODEFENSA

Es un medio de autocomposición directa y unilateral mediante el cual la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación del daño que teme o sufre.

En el derecho argentino se pueden ver numerosos ejemplos de autodefensa: en el CPen, 34, 6°, en cuanto autoriza la *legítima defensa*; en el CC (art. 2470), en tanto se permite el uso de la fuerza para proteger la posesión o para cortar raíces de árboles vecinos (arts. 2628 y 2629) o para mantener expedita una propiedad (art. 2517), etc.

2.2. LA AUTOCOMPOSICIÓN

Es un medio que puede presentarse *unilateral* o *bilateralmente* y operar en forma *directa* (por los propios interesados y sin la ayuda de nadie) o *indirecta* (con la ayuda de un tercero).

Veamos cuáles son:

2.2.1. LOS MEDIOS DE AUTOCOMPOSICIÓN DIRECTA (OPERAN SIN LA AYUDA DE NADIE)

Las propias partes son quienes llegan espontáneamente a la composición del conflicto, haciendo que éste se disuelva a base de uno de tres posibles medios dependientes en forma exclusiva de la voluntad de ellas mismas:

2.2.1.1. EL DESISTIMIENTO

El pretendiente renuncia unilateralmente al *total* de su pretensión. A raíz de ello, deja de pretender y abdica de reclamar en el futuro el objeto hoy pretendido. Oportunamente se verá su regulación legal.

2.2.1.2. EL ALLANAMIENTO

El resistente renuncia unilateralmente al *total* de su resistencia. A raíz de ello, acata la pretensión esgrimida en su contra por el pretendiente y otorga lo pretendido. Oportunamente se verá su regulación legal.

2.2.1.3. LA TRANSACCIÓN

Ambos contendientes renuncian en forma bilateral, simultánea y recíproca, *a parte* de sus posiciones encontradas. Y la pérdida de uno se compensa con la del otro de modo tal que los dos terminan ganando.

Y los tres medios enunciados hasta aquí constituyen distintas formas mediante las cuales las partes pueden *conciliar* sus intereses. Oportunamente se verá la regulación legal de todo ello.

2.2.2. LOS MEDIOS DE AUTOCOMPOSICIÓN INDIRECTA (OPERAN CON LA AYUDA DE OTRO)

Sin disolver el conflicto planteado, pero con la obvia intención de lograr su disolución, las partes llegan bilateralmente a un acuerdo mediante el cual permiten que un *tercero* efectúe actividad conciliadora con el fin de acercar los intereses contrapuestos y lograr que ellas mismas puedan lograr la anhelada disolución mediante uno de los medios directos ya vistos precedentemente: desistimiento, allanamiento o transacción.

Esta actividad puede presentarse con tres distintas gradaciones que generan otras tantas denominaciones: amigable composición, mediación y arbitraje.

2.2.2.1. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN (O SIMPLE INTENTO DE ACERCAMIENTO)

El tercero, actuando espontáneamente con plena aceptación de ambos interesados o acatando expreso pedido de ellos, se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio, pero *sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes* en conflicto, quienes lo disolverán así por una de las modalidades ya conocidas: desistimiento, allanamiento o transacción.

En este caso, como resulta obvio, la actividad que cumple el tercero constituye sólo un *medio* de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al *resultado de la autocomposición* (*el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*).

2.2.2.2. LA MEDIACIÓN

El tercero, acatando pedido expreso de ambas partes, asume un papel preponderante en las tratativas y, por ende, diferente del caso anterior: ya no se limita a acercar amigablemente a los interesados sino que *asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones* que, nótese bien, ellos tienen plena libertad para aceptar o rechazar.

De lograrse el acuerdo, se trasuntará otra vez en un desistimiento, un allanamiento o una transacción.

Y al igual que en el supuesto anterior, se ve claro que la actividad desplegada por el tercero sólo es un *medio* para que los contendientes lleguen por sí mismos al resultado de la composición (nuevamente, *el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*).

Hasta aquí he presentado dos medios autocompositivos indirectos, mostrando en todos los casos que las partes se ponen de acuerdo para aceptar la presencia de un tercero que las ayude a disolver el conflicto.

La última actitud posible de ser ejercida por el tercero –la de decidir el conflicto mediante un acto propio– no puede presentarse lógicamente como un caso de *autocomposición* toda vez que, mediante el acto del tercero *el conflicto se resuelve, no se disuelve*.

Sin embargo, y con esta salvedad recién hecha, incluyo en esta explicación la siguiente actitud –de decisión– por cuanto si bien ella opera como una verdadera heterocomposición –y no como autocomposición– parece claro que para llegar a esta posibilidad, los interesados han debido ponerse de acuerdo en varias cosas: primero y más importante, en aceptar que un tercero particular defina el conflicto; segundo, en convenir que el tercero sea una determinada persona, con nombre y apellido, que ambos respetan y en quien ambos confían y cuya decisión se comprometen a acatar de consuno. Y creo que aquí hay, al menos, un principio de autocomposición.

Veamos ahora la última posibilidad de actuación del tercero.

2.2.2.3. LA DECISIÓN

El tercero, a pedido de las partes y dentro de los límites que ellas expresamente fijen al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento (cual lo hace el *amigable componedor);* no sólo brinda propuestas de soluciones (cual lo hace el *mediador*) sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, *emite decisión* que *resuelve* definitivamente el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla.

Como se ve, el caso es por completo diferente de los anteriores: aquí, la actividad del tercero –al igual que la del juez en el proceso judicial– muestra una verdadera *composición,* sólo que *privada,* que deja de ser *medio* para convertirse en *resultado:* el *arbitraje* o el *arbitramento.* En otras palabras: no se trata ya de *autocomposición* sino de *heterocomposición privada.*

Cuando no media acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, se descarta la autocomposición (directa o indirecta) la solución del conflicto pasa exclusivamente y como *alternativa final* por el *proceso judicial.* Y ello muestra el otro medio posible de heterocomponer el conflicto.

El primero es de carácter *privado* (arbitraje y arbitramento). El segundo es

2.3. LA HETEROCOMPOSICIÓN PÚBLICA (PURA O NO CONCILIATIVA)

Es éste un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión. Ya se verá oportunamente cómo queda vinculado el resistente al proceso y a sus efectos. De tal modo, su decisión opera como *resultado.*

Por las razones recién explicadas, éste es el único supuesto de *resolución* que escapa al concepto genérico de *conciliación.* Y ello se obtiene exclusivamente como resultado de un *proceso.*

Como es fácil de imaginar, esta es la única alternativa posible en materia penal en un sistema de indisponibilidad legal.

Al final de esta Lección presento un cuadro sinóptico conteniendo las distintas formas de componer el conflicto y el litigio a fin de facilitar al lector una más rápida fijación del tema.

3. LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

Si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que *la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social,* para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia[1].

De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, ya puede afirmarse que la *razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz.*

---

1 Quede en claro desde ahora que el fin principal del proceso no es la *búsqueda de la verdad,* como habitualmente se afirma. Ya volveré recurrentemente sobre el tema.

No importa al efecto la corriente doctrinal que se considere: en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia.*

4. UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA LÓGICA DE *PROCESO*

En un primer intento de acercar al lector a la lógica de proceso que aspiro a presentar sistémicamente en esta obra, referiré ahora cuáles son las funciones que le asigna la doctrina y las diferencias existentes entre las nociones de *conflicto, litigio* y *controversia*, haré luego una somera descripción del método de debate y finalizaré adelantando cuál es su objeto.

4.1. LAS FUNCIONES DEL PROCESO

Ya he mostrado al proceso como un *medio pacífico de debate* mediante el cual los antagonistas *dialogan* para lograr la solución –mediante resolución de la autoridad– de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad para mantener en ella un estado de paz.

Así contemplado, el proceso cumple una doble función:

a) *privada:* es el instrumento que tiene todo individuo en conflicto para lograr una solución (en rigor, resolución) del Estado, al cual debe ocurrir necesariamente –como alternativa final– si es que no ha logrado disolverlo mediante una de las posibles formas de autocomposición;

b) *pública:* es la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada. Para efectivizar esta garantía, el Estado organiza su Poder Judicial y describe *a priori* en la ley el método de debate así como las posibles formas de ejecución de lo resuelto acerca de un conflicto determinado.

4.2. LAS NOCIONES DE CONFLICTO, LITIGIO Y CONTROVERSIA

Hasta ahora, he presentado de modo lato la *noción de conflicto*, que puede existir en la realidad social con distintos contenidos: moral, religioso, filosófico, político, jurídico, económico, etc.

Debo limitar ahora el concepto al de contenido *exclusivamente jurídico* y que se presenta en la vida social cuando existe un choque intersubjetivo de intereses por desconocimiento o violación de un precepto que preordena una

conducta que en los hechos no se cumple: por ejemplo, el comprador no paga el precio de la cosa adquirida, no obstante ser ésa la conducta que el precepto legal ordena expresamente; a raíz de ello, el vendedor pretende cobrar dicho precio y el comprador se resiste a pagarlo.

Ya se sabe que este conflicto puede tener diversas soluciones autocompositivas; pero si éstas no pueden ser logradas, al vendedor - pretendiente que no puede hacer uso de la fuerza, no le queda otro camino que incoar un proceso mediante una *demanda* en la cual debe *afirmar* necesariamente la existencia del conflicto en el plano de la realidad social (lo mismo ocurre cuando se efectiviza una conducta tipificada como delito por la ley).

Esa *necesaria afirmación* convierte al simple diálogo en algo similar a una *dialéctica,* en la cual el pretendiente afirma un hecho (*tesis*), el resistente lo niega (*antítesis*) y, eventualmente, el juez produce la conclusión (*síntesis*) en su sentencia dando o no por demostrada la tesis en orden a los medios de confirmación que alguno de los interesados haya acercado en función de claras reglas que establecen a quién le compete la tarea de confirmar.

El cumplimiento de esta tarea se efectúa en un *plano estrictamente jurídico* (el del proceso), obviamente diferente *del plano de la realidad social,* pudiendo ocurrir que entre ambos exista o no plena coincidencia.

Y es que salvo raras y contadas excepciones, la garantía estatal de resolución de conflictos es amplísima, por lo que en general no se veda ni se limita la posibilidad jurídica de demandar que tiene todo particular.

De ahí que pueda hacerlo *quien sabe que no tiene razón* o *quien cree que la tiene aun cuando así no sea.*

Aunque es improbable que en estas condiciones se otorgue satisfacción judicial a tal pretensión, la existencia de la simple posibilidad de demandar por quien carece de toda razón hace necesario distinguir la noción de *conflicto* de otra que he de usar a menudo en esta obra: la de *litigio.*

Si *conflicto* es la coexistencia de una pretensión y de una resistencia en el plano de la realidad social, *litigio* es la *simple afirmación,* en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, *aun cuando de hecho no exista o no haya existido tal conflicto.*

Por constituir dos conceptos *cualitativamente* diferentes, resulta conveniente distinguir acabadamente entre *conflicto* y *litigio* y tener presente que:

a) *puede existir conflicto sin litigio:* cuando se mantiene en el estricto plano de la realidad, sin disolverse ni ser resuelto pues el pretendiente no demanda judicialmente y se contenta con continuar en su estado de insatisfacción;

b) *puede existir litigio sin conflicto:* cuando el pretendiente demanda sabiendo que no hubo conflicto en el plano de la realidad o creyendo que existió aunque así no haya sido (ello explica el rechazo de una pretensión por parte del juez);

c) puede existir *litigio con conflicto* (o, a la inversa, *conflicto con litigio):* cuando éste *es trasladado del plano de la realidad al jurídico del proceso,* el pretendiente demanda afirmando y pudiendo confirmar la razón que le asiste.

Resulta así que la noción de *litigio* –y no la de conflicto– es inseparable de la función judicial y una de las bases necesarias del concepto de *proceso.*

En rigor, y como luego se explicará, *no puede darse lógicamente un proceso sin litigio* (aunque sí sin conflicto).

Por último, se entiende por *controversia* la efectiva discusión operada en un proceso respecto del litigio que lo origina; cabe aquí acotar que puede ocurrir que no haya tal controversia pues el resistente acepta liminarmente los extremos de la pretensión del actor y, por ende, no presenta debate.

De ahí que pueda existir litigio *con* y *sin controversia,* según sea la actitud que al respecto adopte el demandado.

4.3. UNA SUCINTA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO DE DEBATE

La antigüedad remota concibió al proceso como un diálogo de corte estrictamente *sacramental,* con la utilización de fórmulas retóricas insoslayables ante sacerdotes que, mediante sacrificios de animales u otros métodos similares, daban una solución con inspiración divina.

Civilizaciones posteriores organizaron combates armados con invocación a Dios, con la creencia de que triunfaría aquel que tuviera su protección (*Juicios de Dios*) o, con una crueldad propia de la época, se sometía al individuo a *ordalías* tales como bañarlo en aceite hirviendo, sumergirlo en agua durante tiempo prolongado, etc. Posteriormente, el debate perdió su sentido místico y se *racionalizó* al punto de idearse *una serie de actos* para realizar la discusión en diálogo efectuado ante el juez.

La serie de actos a cumplir debe guardar lógicamente un orden estricto, que opera como *modelo patrón* de la discusión y que consiste en una serie de etapas ideadas al efecto por el legislador.

Desde la más remota antigüedad, tales etapas son:

a) la primera, de carácter introductorio y constitutivo, está integrada por una necesaria *afirmación del pretendiente* (ya en el proceso se lo denomina *actor* o *acusador)* respecto de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social y del pedido de solución o de sanción conforme con la norma jurídica que ha sido desconocida en los hechos o en la cual éstos se han encuadrado.

Como es fácil de imaginar, y por importante que sea la afirmación o la persona del actor, el juez no puede resolver sin escuchar previamente la versión de los hechos por parte del resistente, que puede ser por completo diferente. Se trata, simplemente, de oír dos campanas antes de decidir por cuál de ellas optar. Es por eso que esta etapa introductoria se completa con

b) una segunda, constituida por una *posibilidad de negación* del resistente (ya en el proceso se lo denomina *demandado* o *reo)* respecto de la afirmación efectuada por el actor o acusador.

Por ejemplo, el actor Pedro asevera que el demandado Juan es su deudor pues le vendió y entregó una mercadería cuyo precio en dinero no abonó (litigio); por tanto, reclama (pretensión) que el juez lo condene (al sentenciar) a pagarle dicho precio. A su turno, e iniciado ya el proceso, el demandado Juan sostiene que nada debe (resistencia) pues no existió la compraventa de mercadería cuya existencia afirma el actor Pedro (controversia).

Ante tan disímiles posiciones, el juez debe resolver dando la razón a uno o a otro, en todo o en parte. De ello surge que, lógicamente, siempre hay un ganador y un perdedor pues es imposible *empatar* en el resultado del proceso.

Obviamente, si ambos contendientes actúan en pie de igualdad y, por tanto, no sirve al efecto conocer cuál de los dos es más importante, o más rico, o con más prestigio social, etc., pues nada de ello interesa dentro del proceso –donde la natural *desigualdad* que hay entre los hombres se *iguala jurídicamente*– el juzgador debe historiar en el pasado para conocer qué fue lo realmente acaecido.

A efecto de contar con los elementos suficientes para hacerlo, posibilitará la apertura de

c) una tercera etapa, de carácter *confirmatorio* (o probatorio), durante la cual cada uno de los interesados (*partes del proceso*) –mediante el cumplimiento de reglas técnicas claras y precisas que enunciaré oportunamente– allegará al juez los medios (numerosos y disímiles) confirmatorios de las respectivas versiones.

Como el objeto de la *confirmación* es lograr el *convencimiento del juez,* debe pensarse que ello no sea posible o fácil de conseguir sin la unión racional de los diversos elementos aportados.

De ahí resulta necesario que, luego de presentado todo el material de confirmación, cada uno de los interesados tenga la posibilidad de unirlo lógicamente para que pueda cumplir su objeto. Ello origina

d) una cuarta etapa, de *alegación,* durante la cual cada parte hace una evaluación del aludido material, encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento.

En síntesis, la *serie* se compone de los siguientes actos que deben concatenarse en un orden lógico que no puede ser alterado: afirmación - negación - confirmación - alegación.

Sin la totalidad de los actos que componen la serie *no existe proceso* tal como estoy concibiéndolo. Ya volveré nueva y recurrentemente sobre este tema.

Y la serie es idéntica para *todos* los supuestos justiciables: no interesa cuál es la materia a decidir (civil, comercial, penal, etc.) ni quiénes son los contendientes, ya que *tal serie es la que hace que un proceso sea un proceso y no otra cosa.*

4.4. EL OBJETO DEL PROCESO

La serie de actos recién descritos –afirmación, negación, confirmación y alegación– constituye el *proceso*, entendido como *medio de debate.*

Toda la serie procesal tiende a su natural y único *objeto:* lograr una declaración del juez ante quien se presenta el litigio aunque, de hecho, muchas veces no se llegue a ello pues los interesados –en algunos casos– prefieren soluciones autocompositivas (ver *supra*) que evitan la heterocomposición.

Tal declaración se efectúa en la *sentencia,* que viene a constituirse así en el *objeto del proceso* (es decir el punto hacia el cual tiende o su objetivo final).

Como es fácil de comprender luego de lo expresado, la sentencia es el *acto judicial que resuelve* (heterocompositivamente) *el litigio ya procesado,* mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones (tesis - antítesis) mantenidas por los antagonistas (pretendiente - actor o acusador y resistente - demandado o reo) luego de evaluar (según ciertas reglas precisas) los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el pretendiente (en función de las negativas del resistente respecto de ellas) y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general.

Ya se verá en su momento qué es intrínsecamente la sentencia y cuál es su importancia en el mundo jurídico.

<table>
<tr><td rowspan="5">DESATADO EL CONFLICTO SE SOLUCIONA CON</td><td colspan="7">AUTODEFENSA (USO DE LA FUERZA LEGITIMADA POR LA LEY)</td></tr>
<tr><td rowspan="4">CONCILIACIÓN</td><td rowspan="4">SUPONE SIEMPRE UNA AUTOCOMPOSICIÓN QUE PUEDE OPERAR COMO</td><td>RESULTADO: SE TRADUCE SIEMPRE EN</td><td colspan="4">ALLANAMIENTO (RENUNCIA TOTAL DEL RESISTENTE)
DESISTIMIENTO (RENUNCIA TOTAL DEL PRETENDIENTE)
TRANSACCIÓN (RENUNCIAS RECÍPROCAS PARCIALES)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">MEDIO: QUE CONDUCE A UNA</td><td rowspan="3">HETERO-COMPOSICIÓN QUE ACTÚA COMO</td><td rowspan="2">MEDIO: PUEDE SER</td><td>AMIGABLE COMPOSICIÓN</td><td rowspan="2">CONDUCEN A UNA DE LAS FORMAS DE AUTOCOMPOSICIÓN COMO RESULTADO</td></tr>
<tr><td>MEDIACIÓN</td></tr>
<tr><td>RESULTADO:</td><td>ARBITRAJE</td><td>DE HECHO</td></tr>
<tr><td colspan="6">HETEROCOMPOSICIÓN (PÚBLICA): PROCESO JUDICIAL</td><td>DE DERECHO</td></tr>
</table>

LECCIÓN 2

LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO Y SU CREACIÓN

EL DERECHO PROCESAL

SUMARIO

1. La materia del conocimiento jurídico
2. Las normas jurídicas
   2.1. Determinativas
   2.2. Estáticas
   2.3. Dinámicas
3. Concepto de *instancia* y su clasificación
   3.1. Denuncia
   3.2. Petición
   3.3. Reacertamiento
   3.4. Queja
   3.5. Acción procesal
4. Diferencias entre *proceso* y *procedimiento*
5. Creación de la norma de procedimiento
   5.1. Constituyente
   5.2. Particular
   5.3. Legislador
   5.4. Juez
   5.5. Sociedad
6. El derecho procesal
   6.1. Concepto y contenido del derecho procesal
   6.2. Carácter del derecho procesal
   6.3. La codificación procesal

1. LA MATERIA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Ya se ha dicho en la Lección anterior que, a los fines que interesan al Derecho, un *conflicto de contenido jurídico* sólo puede darse *entre dos personas, nunca respecto de una con ella misma ni de ella con una cosa,* pues todo el

derecho es producto ideal originado por la necesidad de regular de alguna manera la *convivencia.*

Fácil es de inferir así que todo vínculo jurídico se materializa sólo *entre individuos y nunca con la cosa,* pues los *títulos de derecho* sólo son inteligibles para el hombre, ya sea que se presente en su naturaleza de *gente* o como órgano representativo de un *ente* (recordar que la idea de *lo mío* frente a *lo tuyo* puede ser entendida sólo por *dos hombres...)*

En un pasado remoto, aun antes de la aparición formal de lo que hoy se conoce como *derecho,* las normas reguladoras de la convivencia tenían sustancia exclusivamente religiosa: en los *Mandamientos de la Ley de Dios* y en la *Senda de las Ocho Vueltas,* por ejemplo, se consagran preceptos que permanecen inmutables en el tiempo y que, en esencia, son similares entre sí: no matar, no robar, etc., y que hoy constituyen normas jurídicas implícitas.

Cuando la normación pierde su origen divino y comienza a surgir del propio quehacer e imaginación del hombre, los problemas se regulan a medida que aparecen en la realidad de la vida; ello hace que, en definitiva y todavía hoy, *la norma sea esencialmente cambiante respecto del tiempo y del lugar* (por ejemplo, lo que es delito hoy y aquí, pudo no serlo ayer y puede no serlo allá).

Por eso es que en el principio de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de *todo* el Derecho.

Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del Derecho: y en alguna medida tienen razón quienes lo niegan pues –para referir a uno sólo de los problemas que justifican tal postura– existe en la actualidad un vocabulario jurídico *multívoco* que conduce inexorablemente al *equívoco,* toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico.

Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química "H_2O", seguramente que todas identificarán en sus mentes el objeto *agua.*

Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua.*

Esta es la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal *unívoco* para que sea *inequívoco.*

Propongo ahora hacer experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización –no ya de personas con relativa cultura– se pregunta el significado de la palabra *acción,* habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas:

a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, etc.) (respuesta del civilista);

b) *es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista);

c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista);

d) *es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe* (respuesta del procesalista).

¿Puede concebirse mayor confusión terminológica?

Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del Derecho *es un mundo de palabras* y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la Lógica.

Para mayor complejidad del problema, también se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de *derecho,* de *demanda* y de *facultad;* y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción *cambiaria,* acción *civil* en caso de delito, acción *penal,* etc.

Y este no es un fenómeno único en el Derecho; otro tanto ocurre con las palabras *abandono, absolución, apremio, carga, competencia, jurisdicción, prueba,* etc., etc.

Como puede apreciarse, todo lo contrario de un *lenguaje científico*: aquí, lo *multívoco* conduce al *equívoco.*

Para evitar tanta disvalía –que genera notable confusión en el estudiante– se hace imprescindible sistematizar genérica y adecuadamente la normación, sujetándola a cánones lógicos inmutables y no meramente contingentes según sea el cuándo y/o el dónde ella ocurra.

Para esto, lo primero es ponerse de acuerdo en cuál es *la materia propia del conocimiento jurídico.* Puesto en esa tarea, resulta claro para mí que es la *interacción humana:* es decir *la acción que se ejerce recíprocamente* entre dos agentes que, por ello, se convierten en los *extremos* de la *relación* respectiva.

Así es como en la mayoría de las interacciones no hay *pretensión* a la que no corresponda una *prestación;* y porque ésta es exigible es que aquélla existe (por ejemplo: si Juan es vendedor es porque Pedro es comprador que, si no paga el

precio adeudado, puede ser demandado para que lo haga. Y viceversa). De la misma forma, no hay victimario sin víctima. Y viceversa.

Si lo que cabe regular jurídicamente es la interacción, parece claro que resulta factible determinar *a priori* y en un nivel absolutamente racional, cuáles son las *totales posibles interacciones humanas.*

Esto, que a simple vista parece cosa imposible de realizar pues en apariencia se presentan en número infinito, es factible de lograr con sólo pensar adecuadamente en el problema. En esa tarea es fácil descubrir que no son infinitas. Ni siquiera muchas. En rigor, apenas cuatro.

Veamos cuáles son:

a) la primera y más elemental interacción es la que se presenta entre una persona, aisladamente considerada, y el resto de las personas; en otras palabras, *la de una persona con la sociedad en la cual convive* (considerada como un todo diferente a los individuos que la componen).

Más simple: la persona actúa ante y con el resto de las personas y éstas, a su turno, hacen lo propio con la primera, como obvia consecuencia del convivir.

Y es que cada una y todas las personas requieren ser individualizadas, identificadas, gozar de una cierta capacidad, tener un domicilio en el cual puedan ser halladas, etc. Y ello porque el *estado* de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos.

Por cierto, esta interacción está adecuadamente regulada en el Derecho Civil. Pero no sólo allí ya que, por ejemplo, la *capacidad procesal* –que es diferente a la *capacidad civil,* como se verá oportunamente– se halla normada en otro ordenamiento que, en la Argentina y para hacer más grande la diferencia, es cambiante de una Provincia a otra. Cosa parecida ocurre con la *capacidad electoral,* que difiere de las otras dos, etc.;

b) la segunda interacción posible es la que se da entre personas de diferente sexo: *un hombre y una mujer para y por el efecto de procrear:* obviamente distinta de la anterior, esta interacción tiene como consecuencia lógica la formación de una *familia,* por lo que las normas que la regulan bien podrían constituir un *estatuto familiar,* en el cual ingresarían todas las reglas referidas al matrimonio, a la filiación, al régimen de alimentos, a las sucesiones, etc.;

c) la tercera interacción que es posible imaginar es la de una persona *actuando horizontalmente con otra persona, pactando* algo (lo que bien podría estar regulado en un *estatuto de los pactos o estatuto convencional* y en el cual ingresarían todas las reglas referidas a las obligaciones y a sus diversas fuentes contractuales y cuasicontractuales) o *causándole daño* (delictual o cuasi delictualmente, regulado en un *estatuto penal* y en uno *resarcitorio;*

d) la cuarta interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo: alguien debe dirigirlo y el resto de sus componentes debe ser dirigido. También diferente de las anteriores, se presenta aquí una interacción de carácter vertical entre *gobernantes y gobernados,* por lo que las normas que deben regularla bien podrían conocerse como *estatuto gubernativo* o *estatuto del poder,* en el cual ingresarían todas las reglas que hoy integran el derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal, el real, etc. Si bien se piensa, más de la mitad de las normas que componen un ordenamiento jurídico deben ser integradas en este grupo.

Como se ve, son cuatro interacciones absolutamente diferentes entre sí, imposible de ser confundidas una con otras y que, conforme con la lógica racional, constituyen *todas* las que son factibles de imaginar.

En otras palabras: *no existe otra interacción similar que permita ampliar el número de las cuatro ya descritas.* Invito al lector a meditar y repensar lo hasta aquí expuesto. Verá que no logrará encontrar otra interacción posible de existir.

Corresponde acotar ahora que de *una misma interacción* pueden emerger *diversas relaciones* (que, en principio, no admiten un número que las limite).

Un ejemplo permitirá comprender la afirmación: *entre un hombre y una mujer interaccionando,* puede existir una relación de noviazgo, de matrimonio, de concubinato o de esponsales. Algo similar ocurre dentro de *la interacción hombre pactando con hombre*: aquí puede imaginarse que Juan entrega una cosa a Pedro y que, a su turno, Pedro entrega a cambio: a) dinero; b) otra cosa; e) nada; d) el compromiso de devolverla después de haberla usado; e) el compromiso de devolverla sin usarla; etc. Cada una de estas hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás y, por ello, recibe una designación diferente y precisa:

a) *compraventa* cuando la relación se presenta como *cosa a cambio de dinero;* b) *permuta* cuando es *cosa a cambio de cosa*; c) *donación* cuando es *cosa a cambio de nada*; d) *comodato* cuando es *cosa dada para usar y devolver*; e) *depósito* cuando es *cosa dada para guardar y devolver en las mismas condiciones*, etc.

Cada uno de los fenómenos enunciados es inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico: por ejemplo, siempre que Juan entregue en propiedad una cosa a Pedro y éste le dé a cambio un precio cierto en dinero, habrá *compraventa* y no otra figura jurídica.

Pongo especial énfasis en las palabras *inconfundible* e *irrepetible* pues las usaré más adelante para mostrar de esa manera al *proceso.*

2. LAS NORMAS JURÍDICAS

Si juridizando cualquier fenómeno fáctico de la realidad social el legislador decide normar respecto de las posibles interacciones ya enunciadas, inexorablemente producirá tres tipos de normas claramente diferenciadas entre ellas: determinativas, estáticas y dinámicas.

2.1. LAS NORMAS JURÍDICAS DETERMINATIVAS

Son las que el legislador emplea *para definir sus términos básicos* (establece, por ejemplo, qué es o cómo se determina la competencia, quiénes son incapaces, cuáles actividades constituyen delitos etc.) o para *prometer nuevas normas* (asegura un *derecho* que debe ser reglamentado luego por otra norma que establece una *garantía* al efecto).

Dados su contenido y modalidad, ajenos a la asignatura procesal, no interesa su análisis en esta obra.

2.2. LAS NORMAS JURÍDICAS ESTÁTICAS

Son las que ostentan en su contenido una *estructura disyuntiva* por normar: a) una conducta que debe ser cumplida por sus destinatarios y, al mismo tiempo, b) una sanción para aplicarles en caso de incumplimiento del mandato. Con un ejemplo se comprenderá mejor cómo opera una norma estática.

Para ello, elijo el mismo recién expuesto relativo a la compraventa: establece la ley que una vez recibida por el comprador la cosa adquirida al vendedor, aquél debe pagar a éste el precio pactado.

Habitualmente, la norma es de cumplimiento espontáneo: concertada la compraventa, el vendedor entrega la cosa y el comprador abona el precio; ocurrido ello, la relación se agota y, lo más probable, es que carezca de efectos jurídicos posteriores, pasando así al olvido.

Pero la realidad enseña que algunas veces el comprador no paga a pesar de haber recibido ya la cosa. Por eso es que el legislador debe normar para ambas hipótesis (que el deudor pague y que no pague): en el caso, se sancionará al deudor condenándolo a oblar los daños e intereses causados al acreedor con motivo del incumplimiento.

De tal modo, toda norma reguladora de situaciones semejantes se presenta siempre como *una fórmula lógica disyuntiva:*

- dado A (la compraventa), *debe ser* (imperativo de la normación) B (prestación: el pago del precio);

- no dado B (el pago del precio), debe ser C (sanción o reparación: el pago de daños e intereses).

Si bien se mira en la alternativa presentada, ella es *excluyente* porque dándose A y B la relación se agota por completo y desaparece automáticamente la posibilidad de existencia de C (no hay ni puede haber sanción).

También se ve que, para que C (sanción) opere, es menester que no se haya dado B (prestación). Y que, cumpliéndose C, la relación también se agota.

En suma: a partir de A se da la posibilidad ideal de que ocurra B o, en su defecto, C. Y nada más.

Esta es la estructura íntima de toda norma que ordena conductas, *expresa* (en lo civil, comercial, etc.) o *implícitamente* (en lo penal, donde no hay norma que prohiba robar pero existe sanción para quien roba).

Diferente estructura tiene una *norma dinámica,* que explicaré seguidamente.

2.3. LAS NORMAS JURÍDICAS DINÁMICAS

Es habitual leer en las obras jurídicas la palabra *dinamismo* utilizada con un sentido metafórico. Por ejemplo, se dice que el derecho del trabajo es *dinámico* por la gran transformación de su legislación, permanentemente cambiante para regular nuevas situaciones laborales. Y ello frente al relativo *reposo* de la norma propia del derecho civil.

Aquí no se utiliza la palabra en ese sentido sino que, tomándola de la *mecánica,* representa el significado de la parte de ella que trata de la *fuerza* cuando produce *movimiento o actividad.*

En el lenguaje corriente, *dinamismo es actividad,* por lo cual se asigna carácter dinámico a una norma procesal que genera actividades en cadena, en razón de que *su estructura no es disyuntiva* (como la de la norma estática) sino *continuada consecuencialmente.*

De tal modo *una norma dinámica es aquella que, a partir de una conducta dada de un sujeto, encadena imperativamente una secuencia de conductas de otro u otros sujetos,* presentando así una relación que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso.

La peculiaridad de lo expuesto radica en que *el dinamismo está contenido en la norma,* sin necesidad de recurrir a la actividad material que se cumple en cada caso concreto. En otras palabras: se actúa consecuencialmente no porque así lo decidan los interesados sino porque la norma respectiva así se los ordena.

Para que ello ocurra, es menester que la propia norma idee y ligue relaciones consecuenciales, lo que sucede exclusivamente en *el procedimiento* –en rigor, en *todos los procedimientos*– donde se eslabonan actos que deben ser cumplidos en un cierto orden establecido con anterioridad por el legislador.

Construyendo con este tipo de norma otra fórmula lógica, podría presentársela así:

- dado A, *es* (atención: *ser*, no *deber ser*) B o no B;
- si es B, es B1 o no B1;
- si es B1, es B2 o no B2;
- si es B2, es B3 o no B3; etc.

Nótese que una de las alternativas prevé *una actividad* (caso de B) y, correlativamente, *una inactividad en su defecto* (caso de no B).

Por ejemplo y para mejor comprender el problema: emplazado el demandado para concurrir al proceso, comparece (B) o no comparece (no B); si comparece (B), contesta (B1) o no contesta (no B1) la demanda; etc.

Típicas normas de procedimiento se hallan en la Constitución, para la sanción y promulgación de las leyes; en la Administración, para todos los trámites internos; en la Legislatura, para sus reglamentos de debate; en los pactos, cuando se conviene una cláusula compromisoria arbitral, etc., etc.

Queda en claro, entonces, que el *procedimiento* (movimiento consecuencial) está contenido y ordenado en la norma y que no son los hechos o actividad material de los sujetos lo que puede dar lugar a la normatividad jurídica sino que, a la inversa, ésta se establece *a priori* para imperar sobre los destinatarios.

Y ello ocurre en todas las *instancias*.

3. EL CONCEPTO DE *INSTANCIA* Y SU CLASIFICACIÓN

He analizado precedentemente las posibles interacciones humanas que pueden generar normas estáticas: las que provienen de los que se denominan estatutos *personal, familiar, de los pactos* y *del poder* (donde, como se verá inmediatamente, también pueden operar normas dinámicas).

Siempre que una norma estática (la que impone una conducta y sanciona su incumplimiento) no se agote por efectivización de la correspondiente prestación y sea menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en *toda* interacción vertical que se origine entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en

procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea.

Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto del poder*, pueden existir diversas *relaciones* al igual que lo que ya mostré al hablar de las otras interacciones.

Por igual circunstancia, en esta interacción que se da entre *gobernado* y *gobernante* se ven *relaciones* que pueden ser determinables *a priori* en función de la actividad cumplida en cada caso por el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Estas relaciones se diferencian de todas las demás que se presentan respecto de las otras interacciones, porque son reguladas legalmente por *normas necesariamente dinámicas*.

Y a la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza).

Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Así es que, jurídicamente, se define a la *instancia* como *el derecho que tiene toda persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano*.

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se ha visto, recibe el nombre *de procedimiento*. De tal forma, el *objeto* (lo que se desea lograr) *de la instancia es siempre un procedimiento, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad*.

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación *particular (gobernado) - autoridad (gobernante)*, en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos –que pueden ser casi infinitos– se advierte que ellas sólo pueden ser cinco y se conocen doctrinalmente con el nombre de denuncia, petición, reacertamiento, queja y acción procesal.

Pues bien: las posibles instancias pueden ser *primarias* (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o *secundarias* (suponen la existencia de otra instancia previa) y *con* o *sin* contenido pretensional. Cuando lo tienen, cabe distin-

guir –con criterio clasificatorio– entre si la autoridad puede cumplir por sí sola la prestación reclamada o si tal prestación depende exclusivamente de la actividad de otra persona.

Veamos ahora qué es cada una de ellas.

3.1. LA DENUNCIA

Es la instancia mediante la cual un particular efectúa una participación de conocimiento a una autoridad para que ella actúe como debe hacerlo según la ley. Por ejemplo: una persona se presenta ante la policía para decirle que está cometiéndose un delito en un lugar dado.

Como se puede advertir, esta instancia se caracteriza por su carácter *primario* y por la *ausencia de contenido pretensional*: el particular nada pide a la autoridad sino que se limita a comunicarle un hecho que puede tener trascendencia jurídica para ella y a raíz de lo cual iniciará un procedimiento.

De ahí que, presentada una denuncia cualquiera, el denunciante permanecerá ajeno al procedimiento que se cumpla al respecto por carecer de interés en lo que allí se actúe.

Esto es lo que pasa, precisamente, en el procedimiento penal de corte inquisitivo, en el cual la víctima denunciante vive en una suerte de limbo procesal.

3.2. LA PETICIÓN

Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que puede resolver por sí misma acerca de la pretensión sometida a su decisión. A consecuencia de ella, la autoridad iniciará un *procedimiento* que desembocará en una resolución mediante la cual se acogerá o no la pretensión contenida en el instar. Más sencillo con un ejemplo: Juan desea instalar en la vía pública un puesto de venta de cierta mercadería, para lo cual es imprescindible contar con la autorización previa del respectivo organismo municipal. A tal fin, *insta* ante el funcionario del ramo pretendiendo que se le otorgue el correspondiente permiso.

Si se cumplen los requisitos del instar (regulados en la respectiva ordenanza), el peticionante puede estar seguro de que, a consecuencia de *su petición*, se iniciará necesariamente un *trámite procedimental* que será más o menos largo o complicado según la cantidad de pasos a cumplir en la previsión normativa, pero que terminará en algún momento para posibilitar su propio objeto: la *emisión de una resolución*, típico acto de autoridad.

Pero de lo que no puede estar seguro el peticionante es del contenido de la resolución que, luego de cumplido el respectivo procedimiento, emitirá el funcionario actuante.

En efecto: la autoridad puede conceder o negar el permiso solicitado. Y para cumplir tal tarea resolutiva, la autoridad debe producir una *comprobación*, es decir la operación mental por la cual determina la existencia de los hechos tipificados en la norma mediante la comparación de ellos con los hechos expuestos por el peticionante, aceptándolos o no como ocurridos en la realidad. Cabe ahora que la autoridad asigne a tales hechos las consecuencias jurídicas previstas para el caso.

En idioma italiano se utiliza el vocablo *accertamento* con dicho significado técnico (de verificación de circunstancias fácticas y normativas). De ahí que toda autoridad –administrativa o judicial– cumple con la tarea de *accertar* (o de *acertare*, para la mejor comprensión de lo que diré luego) cuando motiva y funda su resolución.

Por supuesto, para que la comprobación sea posible, dado el contenido pretensional de la petición del ejemplo dado, ha de surgir de la misma formalidad de la presentación la existencia y fácil comprensión de cuatro circunstancias claves: *quién insta, ante quién se insta, por qué se insta* y *para qué se insta.*

De lo expuesto hasta aquí –y reiterando conceptos– surge que *la petición es una instancia primaria* (no depende de la existencia de otra de carácter previo) *con obvio contenido pretensional*. Téngase en cuenta ello para hacer una comparación final entre todas las instancias posibles.

Supóngase ahora que la decisión del funcionario ha sido adversa al peticionante y que éste considera que la denegatoria fue errónea. Es decir, aquélla no se emitió con una correcta comprobación y evaluación de los antecedentes presentados (es decir, no se *acertó*).

Si existe en el caso la posibilidad jurídica de insistir en el instar pues hay en el organismo respectivo una autoridad de mayor jerarquía que el funcionario antes aludido, querrá ocurrir ante él para lograr un nuevo juicio de comprobación acerca de lo ya decidido equivocadamente (se trata, en definitiva, de lograr una *recomprobación* o una *reconsideración*).

Ello origina la tercera instancia posible, a la cual las modernas doctrinas –partiendo del molde italiano– denominan:

3.3. EL REACERTAMIENTO (O LA RECONSIDERACIÓN)

Es la instancia *secundaria* dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta *(acertamiento)* al dic-

tar su resolución respecto de la pretensión que le presentara en la petición, *para que emita nueva decisión en cuanto al tema en cuestión, acogiéndola.*

De tal modo, insisto en que el reacertamiento también tiene un contenido pretensional: la *revocación* del acto cumplido y reputado erróneo por el peticionante quien, de consiguiente, ahora persigue nuevamente el acogimiento de la pretensión inicial.

Empero, diferenciándose de la petición, es de carácter secundario y no primario, ya que su existencia supone una *petición previa rechazada.*

La instancia de *reacertamiento* se conoce habitualmente con los nombres de *recurso administrativo* y de *recurso jerárquico,* lo que pareciera circunscribir su ámbito a la pura actividad administrativa.

Sin embargo, como se verá oportunamente, también se presenta en la actividad judicial: cuando la demanda es denegada liminarmente, en los actos llamados de *jurisdicción voluntaria,* etc.; pronto se comprenderá el porqué de ello.

Supóngase ahora que, presentada una *petición,* el funcionario que la recibe no actúa conforme con el procedimiento previsto en la norma que regula el caso. Por ejemplo, no inicia el trámite o guarda silencio en lugar de dictar resolución (la hipótesis parte de la circunstancia de no estar previsto en la ley el efecto del silencio).

En otras palabras: no es que se equivoque en la comprobación (*acertamiento*) sino que no la realiza o no la posibilita. Ello origina una nueva instancia, diferente de las anteriores:

3.4. LA QUEJA

Es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición, mediante la cual el particular pretende que se haga el control de la inactividad que le causa perjuicio y, comprobado ello, se ordene la emisión de la resolución pretendida y, eventualmente, la imposición de una sanción a la autoridad inferior.

Como se ve, al igual que las dos anteriores tiene un *contenido pretensional* (de carácter disciplinario) y aunque posee una similitud con el reacertamiento por su obvio *carácter secundario* (pues ambas instancias suponen la existencia de una petición) difiere de él en cuanto la queja parte de la base de una *inactividad* en tanto que el reacertamiento lo hace desde una *actividad que se reputa errónea.*

Haciendo un breve repaso de lo visto hasta hora surge que es imposible confundir una instancia con otra cualquiera de las ya explicadas pues hay sólo

dos de carácter *primario* (petición y denuncia) y una sola de ellas (petición) tiene contenido pretensional.

También hay sólo dos de carácter *secundario* (reacertamiento y queja), pero son definitivamente inconfundibles a pesar de que ambas tienen claro contenido pretensional, pues mientras el reacertamiento supone la existencia de una *petición previa rechazada o denegada,* la queja exige la existencia de una *petición no respondida o no resuelta.*

Las cuatro formas diferentes de instar que he descrito hasta ahora ofrecen la característica de presentarse invariablemente *entre dos personas:* el particular que insta y la autoridad que recibe el instar. Adviértase que, aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reacertamiento y de queja, *la persona instada* es jurídicamente la misma: la autoridad, aunque actuando por medio de distintos órganos.

Repárese también en que las cuatro instancias compulsadas tienen similar *objeto*: iniciar un *procedimiento.* Ahora sí puedo destacar que resta aún otra instancia que, como se verá, difiere *esencialmente* de las ya enumeradas. Ella es:

3.5. LA ACCIÓN PROCESAL

Es la instancia primaria mediante la cual una persona puede ocurrir ante una autoridad *judicial* para que resuelva acerca de *una pretensión que debe cumplir otra persona,* por lo cual dicha autoridad *no puede satisfacerla directamente* (cual lo hacía en el caso de la *petición*).

Por tanto, esa persona respecto de quien se pretende y que eventualmente sufrirá los efectos adversos de una decisión en su contra, *debe integrar necesariamente la relación dinámica* que se origine con tal motivo.

Resulta así que la *acción procesal* ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor o acusador) y *provocar conductas concatenadas de otros dos* (juez y demandado o acusado) *en tiempos normativamente sucesivos.*

Un ejemplo aclarará la idea: Juan afirma que en la realidad social Pedro le debe una suma de dinero y, por tanto, pretende en el mismo plano de la realidad social que le pague. Supóngase ahora que Pedro no paga, para lo cual aduce argumentos que el acreedor no acepta. Como Juan no puede ejercer fuerza física sobre Pedro y siempre que no acuerden libremente entre ambos una solución autocompositiva, Juan no tiene otra alternativa que presentarse a la autoridad (en este caso, el juez) instándola, no para que le pague por sí misma (sería absurdo que el Estado hiciere frente a todas las deudas de los particulares), sino para que constriña a Pedro –aun mediante el uso de la fuerza legítima

que puede ejercer el Estado– a pagar la prestación adeudada, si es que se confirma la existencia de la deuda.

Recibida la instancia por el juez, *como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio sino de la prestación que cumplirá otra persona* (Pedro), habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre *dos* personas (el particular que insta y la autoridad que recibe el instar, cual ocurre sin excepción en todas las demás instancias: denuncia, petición, reacercamiento y queja) sino entre *tres,* pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta.

Surge de lo expuesto que esta *instancia primaria también tiene contenido pretensional.* Pero se ve fácilmente que entre la acción procesal y todas las demás instancias posibles existe diferencia esencial: la acción debe ser *bilateralizada* por el juez, otorgando posibilidad de audiencia al tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida, para que éste alegue lo que desee al respecto. En otras palabras: es *una instancia de carácter bilateral.*

Este fenómeno jurídico que acabo de describir se muestra, al igual que la compraventa, como *único, inconfundible* e *irrepetible* en el mundo del Derecho ya que todas las demás instancias son de carácter *unilateral.*

Y así se llega a la formulación de un concepto lógico que no puede ser más elemental y simple: *la acción procesal* es *la instancia bilateral.* Y con ello se dice todo para lograr la captación y comprensión integral del fenómeno.

No obstante lo expuesto, en los últimos años la doctrina mayoritaria en América descuidó el estudio metódico de la *acción procesal* so pretexto de que resultaba inservible para la comprensión de esta rama del derecho y lo suplantó en definitiva por el concepto de *pretensión,* sosteniendo que en razón de ella –y no de la acción– se generan los diferentes procedimientos, se clasifican los tipos procesales y el contenido de las sentencias, se establecen sus efectos, se determinan las variadas competencias materiales, etc.

Baste por ahora saber que si *la pretensión es lo que se pide* (en esencia, es una *meta*), *la acción es el modo de pedir* (en esencia, es un método).

Y sin perjuicio de que las pretensiones pueden ser infinitas y la acción es sólo una de las cinco posibles formas de instar, lo que importa rescatar en este punto es la grave equivocación de los autores que han privilegiado la obtención de la *meta* por sobre el *método* mediante el cual se procura obtener esa meta, dando así la razón a Maquiavelo y posibilitando el triunfo postrero de su conocido consejo: *el fin justifica los medios...*

Veamos ahora el siguiente cuadro sinóptico descriptivo de las instancias antes referidas para ayudar a la fijación de los conceptos por parte del lector.

ORIGEN	INSTANCIAS	CONTENIDO
PRIMARIO	DENUNCIA	SIN PRETENSIÓN
	PETICIÓN	CON PRETENSIÓN
	ACCIÓN	
SECUNDARIO	REACERTAMIENTO	
	QUEJA	

4. LAS DIFERENCIAS ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

En la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción apuntada en el título, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que aquí describo.

Se entiende por *procedimiento* –concepto puramente *jurídico*– la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior.

Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etc.), que requiere de una *consecución de actos.*

Se entiende por *proceso* –concepto puramente *lógico– el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad* según cierto procedimiento preestablecido por la ley. En rigor de verdad, se trata de una *serie de actos procedimentales consecutivos e invariables,* tal como se verá en detalle oportunamente.

De tal modo, el *procedimiento* es el *género* (aparece en *todas* las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada).

Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre *dos* personas: quien insta y quien recibe la instancia.

El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal, que se otorga para regular una relación dinámica entre *tres* personas: quien insta, quien recibe el instar y aquél respecto de quien se insta.

Surge de lo expuesto que *todo proceso contiene un procedimiento*; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues *no todo procedimiento constituye un proceso.*

La distinción es importante, porque:

a) no siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos;

b) toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley, origina un proceso cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que

c) un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.

Para finalizar: debe quedar en claro que en el curso de esta obra se entenderá por *proceso el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad.* Y no otra cosa.

Ahora sí, creo que están dadas las nociones necesarias para comenzar a explicar qué es el *derecho procesal sistémico.*

A tal efecto, analizaré seguidamente quién es el que origina una norma cualquiera de procedimiento.

5. LA CREACIÓN DE LA NORMA DE PROCEDIMIENTO

El tema propuesto se estudia habitualmente bajo la denominación de *fuentes del derecho procesal.*

En razón de que ese concepto no tiene un contenido preciso e inequívoco en la doctrina jurídica y de que dentro del tema se incluyen algunas *fuentes* a las cuales niegan tal carácter varios autores, prefiero denominar a este punto conforme a la óptica de pura actividad que preside la obra; de tal modo, me ocuparé del *origen* de las normas procesales, teniendo en cuenta al efecto, y exclusivamente, *quién las ha creado con su esencia imperativa.*

Va de suyo que, así, no haré referencia alguna a la *historia* del derecho procesal ni a la *doctrina* autoral (ambas consideradas *fuentes* en los textos clásicos) pues si bien una y otra pueden ser determinantes para que el legislador norme, *en sí mismas no crean derecho.*

En esta posición, debo recordar que una norma de carácter dinámico puede estar contenida en cualquier ordenamiento legal. En rigor de verdad, un gran número de leyes prevé y consagra normas procedimentales.

Porque todo proceso supone un procedimiento –situación que no se da a la inversa– haré referencia a los distintos ordenamientos que contienen disposiciones relativas a uno y otro concepto que se vinculan con el tema tratado, en orden a quién es la persona que origina la norma procesal.

En este orden de ideas, la norma procesal puede ser creada por el *constituyente,* el propio *particular* que litiga, el *legislador*, el *juez* o *tribunal* y la *sociedad.*

Veamos ahora cada uno de ellos.

5.1. EL CONSTITUYENTE

El primero y más importante creador de normas procesales es el *constituyente:* todas las constituciones que se han promulgado desde comienzo del siglo pasado las contienen claras y precisas.

En razón de que en este punto casi todas las del continente tienen normativa similar, creo conveniente hacer su estudio a partir de la CN de 1994[1], vigente al tiempo que esto se escribe. Ella consagra normas que refieren a la tarea de *procesar* y a la tarea de *sentenciar:*

Respecto del *procesar,* después de *adoptar la forma republicana de gobierno,* con separación e intercontrol de poderes (art. 1) y de *garantizar la administración de justicia,* como condición esencial del federalismo (art. 5), autoriza genéricamente el *derecho de peticionar* (latamente concebido, en el sentido que doy a la palabra *instancia* en esta obra) (art. 14) y consagra la *igualdad ante la ley* (art. 16) tanto para *nacionales* como para *extranjeros* (art. 20).

En su art. 18 asegura la *inviolabilidad de la defensa en juicio* de la persona y de los derechos.

Para reafirmar esta garantía, prohibe el juzgamiento de cualquiera persona por *comisiones especiales* o por jueces *no designados por la ley antes del hecho del proceso.*

La misma norma establece que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, aboliendo para siempre toda especie de tormento y los azotes.*

Respecto del *sentenciar,* el mismo art. 18 establece que ningún habitante *puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.*

En el art. 43 se consagran la *acción de amparo,* de *hábeas data* y de *hábeas corpus.*

A ello debe agregarse que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohibe* (art. 19). Por fin, como máxima garantía de

1 El texto de la CN se puede ver en http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php (02/02/2009).

separación de funciones, surge de los arts. 29 y 109 que el Poder Ejecutivo no puede arrogarse facultades judiciales ni ellas serles concedidas por el Poder Legislativo.

La suma de todos estos derechos y garantías se conoce con la denominación de *debido proceso*, utilizando al efecto una conocida adjetivación –*debido*– que no se halla contenida ni en la Constitución ni en la ley. Por ello es que, en rigor, se trata de *una garantía innominada*.

> Por su parte, y respecto del *procesar*, la CP organiza sus instituciones fundamentales conforme a los principios democrático, representativo y *republicano* (art. 1) y asegura que los órganos del Estado desempeñan sus funciones respectivas en las formas y con los límites que establecen esta Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia (art. 2).
>
> En los arts. 6 y 8 reitera el reconocimiento de derechos y garantías en igualdad de condiciones para nacionales y extranjeros y en el art. 7 se establece que "la persona puede siempre defender sus derechos e intereses legítimos, de cualquier naturaleza, ante los poderes públicos, de acuerdo con las leyes respectivas".
>
> El art. 9 amplía la *libertad corporal y sus garantías*; el art. 10, la *libertad de domicilio, comunicación y locomoción*; el art. 13, el *derecho de petición*, y el art. 17, la *inalterabilidad de los principios, garantías y derechos* a través del reconocimiento de un *recurso jurisdiccional de amparo*.
>
> Respecto del *sentenciar*, la CP organiza el Poder Judicial (arts. 83 y ss.), impone el *deber de motivación* de las sentencias y autos interlocutorios "so pena de nulidad" (art. 95) y el *deber de fallar en término* (art. 97).
>
> El texto de la CP de Santa Fe se puede ver en: http://www.santafelegal.com.ar/cp.html (02.02.2009).

Hasta ahora ni la doctrina (constitucional o procesal) ni la jurisprudencia han definido total y positivamente lo que debe entenderse por *debido proceso*. Por lo contrario, se lo ha hecho parcial y negativamente (así, se afirma que *no es debido proceso* aquel por el cual...).

De ahí mi reiterativa insistencia en caracterizar inconfundiblemente el fenómeno para que, al ser irrepetible en el mundo jurídico, logre ser objeto de una definición clara, comprensible y completa.

5.2. EL PARTICULAR

A mi juicio, y en afirmación que dista de ser pacífica en la doctrina americana, el segundo creador (en orden de importancia) de normas procesales es el propio *particular* que afronta el litigio.

El tema se relaciona íntimamente con el que trataré en el punto siguiente: el *carácter* del derecho procesal.

Por ahora, y sin perjuicio de lo que allá se exprese, recordaré algo ya sabido por todos: una inmensa cantidad de pleitos es sacada por los propios interesados de la órbita del Poder Judicial para ser derivada a la actuación de árbitros particulares elegidos libremente por los contendientes (por supuesto, esto refiere de forma exclusiva a los litigios de índole privada y patrimonial, nunca a los de estado civil o de familia).

Cuando esto ocurre, los interesados *pueden pactar toda la serie procedimental* así como renunciar por anticipado a deducir oportunamente medios de impugnación con fundamento en la *injusticia* del laudo arbitral (no respecto de su *legitimidad*) (arts. 437 y 438).

En el orden legal no veo razón lógica alguna para sostener lo contrario (aunque no ignoro que algunas legislaciones prohiben caprichosamente pactar acerca de normas de procedimiento).

Lo reitero: dejando de lado los litigios cuya discusión afecta al orden público (que no encuadran en lo que sostengo) y a las relaciones que se presentan exclusivamente en el plano vertical del proceso (competencia e impugnaciones por vía de recursos), en las demás –situadas en el plano horizontal que va desde actor a demandado y viceversa– no hay motivo serio y valedero para cercenar a las partes la posibilidad de pactar acerca de normas que integran la serie procedimental (por ejemplo, plazo para contestar, para confirmar, para alegar, etc.).

Esta afirmación es fácilmente compartible por el lector si recuerda –hablando siempre de pleitos en los cuales se litiga a base de intereses meramente privados y transigibles– que el propio ordenamiento legal permite a las partes autocomponer sus posiciones encontradas mediante el régimen de renuncias que ya fue analizado en la Lección 1: desistimiento, allanamiento y transacción (arts. 229 a 231).

En otras palabras: se permite –a veces aún más, se privilegia con eximición de costas procesales, por ejemplo (art. 251, 1°)– la renuncia del derecho mismo que, en orden al propio litigio, es obviamente lo más importante.

¿Cómo no permitir, entonces, la renuncia de algo mucho menos importante –si quien puede lo más, puede lo menos– como es la forma o el método con el cual ha de discutirse acerca de esos mismos derechos?

Haciendo un juego de palabras que muestre más gráficamente la afirmación: si se puede pactar (autocomponer) acerca del tema sobre el cual se ha de discutir, ¿por qué no poder pactar también sobre cómo se discutirá el tema a discutir?

Como se comprende, la respuesta negativa de la ley es tonta y franca y definitivamente absurda...

5.3. EL LEGISLADOR

El tercer creador de normas procesales es el *legislador*, quien lo hace en *Códigos procesales* y en un sinnúmero de *leyes* que regulan diversas institu-

ciones jurídicas para cuyo ¿mejor? funcionamiento se prevé el procedimiento adecuado (por ejemplo, ley de concursos, de sociedades, de prenda con registro, de defensa del consumidor, etc.).

La importancia de la *ley procesal* es manifiesta porque ella debe ser aplicada *sí* o *sí* –no se admite pacto en contrario de particulares– cuando la materia justiciable es de *orden público* (por interesar a toda la comunidad lo que se resuelva judicialmente al respecto) y, además, porque es de *aplicación supletoria* respecto de todos los supuestos en los cuales el simple particular puede crear normas procesales.

> Sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, N° 6.3., respecto de la *codificación procesal santafesina*, merece destacarse la Ley de Organización del Poder Judicial de SFE LOPJ, Lp 10170, t.o. decreto 46/98, y modificatorias).
>
> Su antecedente fue la Lp 3611, denominada "Ley Orgánica de Tribunales".

5.4. EL JUEZ

El cuarto creador de normas procesales es el *juez* o *tribunal* (a los cuales se menciona lata e indebidamente como *jurisprudencia*) en el habitual lenguaje forense.

Lo más simple de referir es la tarea integradora que el juez hace del ordenamiento jurídico procesal: cuando no existe norma alguna que regule expresamente algún paso necesario para continuar idóneamente la línea procedimental, es el propio juez actuante quien debe crearla para poder dar efectivo andamiento al proceso (por ejemplo, fijación de plazo para alegar en ciertos tipos de juicios).

Pero no termina ahí la importancia de la labor creadora judicial: existen *pronunciamientos* (sentencias) que, bajo ciertas condiciones que la propia ley establece al efecto, tienen *fuerza vinculante* respecto de los mismos tribunales que los emitieron o, a veces, de jueces jerárquicamente inferiores.

Es lo que se llama *jurisprudencia obligatoria* y su aspecto normativo se muestra en la circunstancia de que quienes están vinculados a ella deben mantener en un caso concreto idéntica *interpretación legal* que la efectuada para caso similar en el pronunciamiento vinculante.

> En SFE, la convocatoria a un *tribunal plenario* está prevista en el art. 375 y, más precisa y claramente, en LOPJ, 29. Por su parte, en LOPJ, 28 se consagra el supuesto de un *tribunal pleno*.

5.5. LA SOCIEDAD

El quinto y último creador de normas procesales es el propio ser colectivo: la *sociedad* al través de sus *usos*, que pueden llegar a tener la jerarquía de derecho vigente y no escrito (*costumbre*).

Entre las ideas de *uso* y de *costumbre* existe diferencia cuantitativa: el primero consiste en la repetición constante de un mismo hecho; la segunda nace como consecuencia de la aceptación generalizada de esa repetición (por consiguiente, es un efecto del uso). De ahí que pueda haber usos sin costumbre pero no ésta sin aquéllos.

En materia procesal, la costumbre judicial (usos forenses reiterados) crea normas que, aunque no escritas, son de aceptación generalizada en un cierto tiempo y lugar.

Piénsese, por ejemplo, en las diferencias radicales que existen en las distintas aplicaciones de la normativa procesal entre dos tribunales de una misma ciudad...

Y es que se sostiene cotidianamente que el derecho no es una ciencia *exacta* sino *interpretativa*. Y para justificar tal aserto se muestra un ejemplo muy decidor: si se pregunta a un matemático *¿cuánto es dos y dos?*, seguramente responderá *cuatro*, pues no existe en el interrogante sino una sola formulación lógica: la de la *suma*. Pero si idéntica pregunta es recibida por un jurista, no acostumbrado a la *exactitud* sino a la *interpretación*, responderá que –tal como está formulada la cuestión– su respuesta puede ser alternativa: *cuatro* o *veintidós* (y ello porque no se dijo *dos más dos* sino *dos y dos*). Y obviamente, se sostiene, ambas expresiones son válidas en función estricta de la cuestión planteada.

Este simple ejemplo sirve para advertir que un gran número de hechos, de las conductas en ellos desplegadas y de las normas que deben ser aplicadas a esos hechos y esas conductas, poseen un contenido de interpretación diversa y que, por ende son *opinables* (sobre un mismo problema pueden darse soluciones diferentes).

Llevada esta realidad al campo del proceso se advierte que, por carencia de norma respecto de un problema cualquiera o por interpretación que desvirtúe su esencia cuando ella existe, en un momento y lugar dado comienza a practicarse un cierto uso que, al generalizarse, termina en costumbre (como tal, derecho no escrito). Es en este sentido en el cual considero a ella como creadora de normas procesales.

Ejemplos de lo recién afirmado pueden ser encontrados en la remisión expresa que la ley hace respecto del tema (p.ej.: CPCN, 565), en prácticas judiciales generalizadas, tales como ciertas fórmulas de redacción impuestas por algunos tribunales y en la ausencia de los jueces en ciertas audiencias en las cuales su presencia es ineludible, todo con tácito o expreso consentimiento de los interesados.

De lo expuesto se infiere que la costumbre produce sus efectos no sólo ante la carencia de ley sino también para derogar una anterior o para interpretar la

que se presenta como dudosa, la que deberá observarse en el futuro conforme con el sentido asignado por ella. De aquí viene el decir que hay costumbre *fuera* de la ley, *contra* la ley y *según* la ley.

Sin embargo, la tarea interpretativa no debe presentarse sistémicamente respecto de *normas que regulan un simple método.*

En suma y sintetizando lo hasta aquí explicado: las normas procesales pueden hallarse vigentes por estar contenidas en la CN, en los pactos, en las leyes, en las decisiones judiciales y en la costumbre.

6. EL DERECHO PROCESAL

6.1. EL CONCEPTO Y EL CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL

Ya se puede decir que el *derecho procesal* es la rama del derecho que estudia el fenómeno jurídico llamado *proceso y* los problemas que le son conexos.

Es una *rama* por dos razones:

1) porque se elabora a partir del concepto fundamental de *acción*, que le es propio y, por tanto, ninguna otra disciplina puede explicar; y

2) por la *unidad* de sus conceptos que, aunque diversos, se combinan entre sí para configurar el fenómeno. Con ello se logra un *sistema* armónico y completo.

Adelanté recién que el objeto de estudio no sólo es el *proceso*, considerado en sí mismo, sino también *los problemas que le son conexos.*

Ya se verá oportunamente que para que exista lógicamente un proceso, como *fenómeno irrepetible* en el mundo del Derecho, es menester que se presente *imprescindiblemente* una relación continua que enlace a tres personas: actor, juez y demandado.

De tal forma, todo lo pertinente al tema y relativo a ellas tendrá que ser objeto de este estudio.

Para conocer qué es lo *pertinente*, cabe formular ciertas preguntas ante la iniciación de la acción procesal: ¿quién, ante quién, contra quién, qué, por qué, cómo, dónde, cuándo y para qué se acciona? ¿Cuál es la eficacia de todo ello?

Algunas respuestas a tales interrogantes están dadas por otras ramas del derecho (por ejemplo, quién, contra quién, qué, por qué y para qué); otras, en cambio, son materia propia de esta asignatura (ante quién, cómo, cuándo, dónde, cuál es la eficacia).

Designando ahora cada una de las actividades que se cumplen en orden a tales preguntas, el derecho procesal se encargará de explicar:

1) los conceptos de *acción, pretensión* y *demanda* y la posibilidad de su *variación;*

2) las posibles formas de *reacción del demandado* y *del reo penal* y los efectos que cada una de ellas puede tener dentro del proceso;

3) el concepto de *confirmación de las pretensiones,* así como las reglas que establecen quién, cuándo y cómo se confirma y qué valor tiene lo confirmado;

4) la actividad que cumple el juez (*jurisdicción*) y los supuestos en los cuales se ejerce (*competencia*), así como los deberes y facultades que tiene tanto en la dirección del proceso como en la emisión de la sentencia y en su ejecución;

5) la propia *serie procedimental* que permite el desarrollo del proceso, con los principios y reglas técnicas que lo gobiernan;

6) la *cautela* de los derechos litigiosos, necesaria para evitar que sean ilusorios al momento del cumplimiento;

7) la *sentencia,* como norma individualizada para el caso concreto y su valor en el mundo jurídico, su eventual *impugnación* y *ejecución.*

Como se advierte en esta exposición, he privilegiado el concepto de *acción* al hacer partir de él todos los demás.

Pero cabe aclarar que no es ésta una posición habitual en los autores de la disciplina; por lo contrario, la mayoría de ellos pone especial acento en la *actividad jurisdiccional* y desde ella hace comenzar toda explicación sobre el tema.

A mi juicio, esta tesitura que hace privar a la actividad de jurisdicción sobre la de la acción procesal exhibe tres defectos:

1) no respeta el orden lógico de la actividad que se cumple en la realidad social (puede aceptarse idealmente la existencia de un pretendiente sin juez –hay varias maneras de solucionar pacíficamente el conflicto– pero no la existencia de un juez sin pretendiente);

2) no tiene en cuenta que la función jurisdiccional (concebida como la suma de la actividad de procesar más la de sentenciar) no es propia y exclusiva del Estado con lo cual se sistematizan conceptos que no se adecuan con los fenómenos que ocurren todos los días en la vida jurídica; y

3) muestra poseer una filosofía política que no condice con la noción de *debido proceso* que, nominada o innominadamente, se halla contenida en todas las constituciones políticas contemporáneas.

Además, el concepto de *jurisdicción* es harto equívoco (ya se verá oportunamente que la voz tiene varias diferentes acepciones jurídicas) y su naturaleza aún no se halla pacíficamente definida y aceptada por los autores. El tema se comprenderá mejor oportunamente.

De la posición filosófica liberal recién afirmada y, consecuentemente, del método de exposición adoptado para esta obra, puede colegirse desde ya que haré toda esta explicación desde una óptica lógica racional y no exclusivamente jurídica, pues los ordenamientos legales de América –en general y en su mayoría– norman con el nombre de *proceso* a simples procedimientos que sólo son parodia o apariencia de él.

Para reafirmar esta aseveración, de aquí en adelante haré notar –respecto de cada institución en particular– si la legislación respectiva se adecua o no a los ordenamientos constitucionales.

Antes de finalizar con este tema, debo hacer especial hincapié en la *unidad del derecho procesal*, a la cual me referí expresamente en el comienzo de la exposición.

La realidad enseña que cada una de las ramas jurídicas que puede emerger de las normas estáticas tiene su propia regulación dinámico - procedimental. Así es como coexisten en la actualidad un procedimiento administrativo (incluso puede ser variable según el tipo de repartición pública) al lado de un procedimiento civil, otro penal, otro laboral, otro militar, otro eclesiástico, etc., etc.

Los tratadistas de las respectivas asignaturas –que invariablemente reclaman la plena autonomía de cada rama jurídica– denominan a cada uno de los ordenamientos mencionados: *derecho procesal administrativo, derecho procesal civil, derecho procesal penal, derecho procesal constitucional* y, ya en el colmo de este notable avance contra la lógica, *derecho constitucional procesal* y *derecho procesal constitucional*, etc.

Va de suyo que la simple calificación adjetiva que se haga del derecho procesal no puede hacer que varíen sus conceptos elementales y fundamentales.

En efecto: las nociones de *acción procesal*, de *excepción* y de *jurisdicción*, por ejemplo, son *invariables* en todos los ordenamientos normativos.

No obstante ello, cada autor que se dedica a una *sub-rama procesal* insiste en su autonomía, alegando siempre la existencia de diferencias esenciales.

A poco que bien se mire, tales diferencias no son *esenciales*; en rigor, ni siquiera son *diferencias*.

Y es que la *estructura íntima* de todo proceso es bien simple y ya se ha explicado varias veces al mostrar a dos sujetos debatiendo pacífica y dialécticamente

ante un tercero, que habrá de resolver el litigio si es que no se autocompone durante la tramitación del procedimiento. A la suma de todas estas nociones se le da el nombre de *proceso*.

Por tanto, *no hay proceso* cuando el tercero (juez) se coloca al lado de uno de los interesados (supliendo o coadyuvando en las actividades de afirmar, de negar, de confirmar o de alegar) para combatir frente al otro: en rigor, la figura muestra a *dos* personas, ya que el juez pierde la objetividad propia de su imparcialidad (por ejemplo, en el llamado *proceso penal inquisitivo*). Ya volveré sobre el tema al tratar lo relativo a los sistemas procesales.

Basta decir por ahora que muchas legislaciones de toda América llaman *proceso* a ese fenómeno recién descrito y que, no por eso, puede adquirir la categoría lógica del *proceso verdadero*.

Hago esta disquisición pues la serie programada por el legislador para que debatan los sujetos en litigio *es siempre la misma e invariable*, sin importar la materia acerca de la cual discuten: en todos los casos hay una necesaria afirmación, una posibilidad de negación, una posibilidad de confirmación y una posibilidad de alegación. No interesa al efecto que los requisitos para cada una de tales etapas puedan ser diferentes: lo que sí importa es que las etapas mismas sean idénticas entre sí.

Esta unidad conceptual permite al jurista hacer dos cosas:

1) sistematizar todas las nociones para hacerlas jugar armónicamente unas con otras; y

2) luego de lograda la sistematización, construir una teoría general del derecho procesal que lo muestre como una verdadera ciencia que pueda generar un *sistema armonioso y neutro de enjuiciamiento*.

6.2. EL CARÁCTER DEL DERECHO PROCESAL

Se estudia el tema en este lugar pues tiene íntima conexión con el tratado anteriormente.

Y es que el grave y aún no pacíficamente solucionado problema doctrinal que genera el estudio del *carácter* del derecho procesal puede sintetizarse en lo que parece inocente pregunta: ¿cabe que los particulares establezcan pasos procedimentales específicos para regular su propio proceso o, por lo contrario, deben atenerse única y exclusivamente a lo que la ley prevé al respecto?

Según sea la posición filosófico-jurídica del autor que analice el tema en cuestión será la respuesta que dé a ella: para algunos (en rigor, los menos) el proceso es instrumento para dirimir un litigio de interés meramente privado

por lo que, congruentes con ello, sostienen que es factible derogar la norma legal en un caso concreto para crear la que se estime conveniente al litigio.

Para otros –los más– ocurre lo contrario, so pretexto de que es a la sociedad toda a quien interesa primordialmente la solución correcta de los litigios: por tanto, sostienen la irrenunciabilidad de las normas legales que, así, son calificadas como de *orden público*.

Cabe apuntar aquí que el concepto de orden público es esencialmente indefinido y contingente, por lo cual no existe acuerdo entre los autores acerca de su definición y contenido.

No obstante ello, y a riesgo de pecar por restricción, se puede afirmar que el orden público es una abstracción jurídica sobre la cual reposa el bienestar de la colectividad para cuyo mantenimiento deben ceder los derechos de los particulares cuando ello sea de conveniencia social.

De tal modo, cuando una norma merece esa calificación ideal, no puede ser dejada de lado por el acuerdo de los interesados, a quienes se prohibe pactar en contrario.

En rigor de verdad, ambas posiciones antagónicas tienen parte de razón pues no debe afirmarse que *todas* las normas procesales entran absolutamente en una u otra categoría, sino que ingresan a *alguna* de ellas por la naturaleza de la cuestión que regulan.

Por supuesto –e insisto en afirmación varias veces efectuada– estoy mirando el problema desde la óptica del litigio que versa sobre derechos transigibles; por tanto, lo que aquí se expresa no alcanza al *proceso penal* ni a los que podrían llamarse teóricamente *procesos civiles penalizados*, que se utilizan para ciertos conflictos respecto de los cuales la sociedad toda tiene interés primario en su solución: divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, etc. Por ser el proceso un método de debate entre dos partes que se hallan en pie de igualdad ante un tercero que se encuentra por *encima* de ellas (ya que es el llamado *a resolver* y, llegado el caso, imponer la solución del litigio), cualquier observador atento puede ver en aquél dos claros *planos* diferentes: uno *horizontal* que se forma recíprocamente entre actor y demandado, y otro *vertical* que se forma también recíprocamente entre el juez y cada una de las partes, actora o demandada.

En el *plano vertical* se sitúan todas las instituciones y relaciones que pueden presentarse entre el juez y las partes (los distintos tipos de competencia, los recursos, etc.): ellas no son renunciables por los interesados salvo expresa disposición legal permisiva (por ejemplo, las partes pueden pactar lo que les plazca acerca de la competencia territorial cuando litigan a base de intereses meramente privados).

En el *plano horizontal* se hallan todas las normas que ordenan el debate igualitario propiamente dicho (formas de las presentaciones, plazos para realizarlas, etc..): ellas son *lógicamente* (no siempre *legalmente*) renunciables por las partes, quienes pueden así pactar norma diferente de la prevista por el legislador (por ejemplo, un plazo más amplio que el establecido en la ley).

Como es obvio, hacer un inventario detallado del contenido de cada plano es tarea que excede los límites de esta obra.

Sin perjuicio de ello, y reafirmando la idea constitucional del debido proceso que ya se ha esbozado, propicio una amplia concepción del tema, tal como lo hiciera en esta Lección.

6.3. LA CODIFICACIÓN PROCESAL

Vinculando el tema con el ya expuesto de creación del derecho procesal, apunto que en nuestro país la materia está legislada sistemáticamente en cuerpos legales que reciben la denominación de códigos. Y hablo en plural pues la República Argentina está organizada políticamente bajo un régimen federal de gobierno, lo que posibilita la coexistencia jurídica de los Estados (provincias) con la Nación que integran.

De tal modo, y a partir del propio texto constitucional, existe una normativa procesal de carácter nacional (federal) y tantas otras de carácter provincial como el número de Estados que componen la Nación.

Consecuentemente, existe un código procesal nacional (en rigor, varios, según la materia que regulan) y numerosos códigos procesales provinciales (ídem).

En la Capital Federal y en materia civil ordinaria, la normativa está codificada desde 1880. Tras sucesivas e importantes reformas se llegó a la ley 17454 (vigente desde febrero de 1968) que, con modificaciones principalmente introducidas mediante leyes 22434, 23216, 23774, 23850, 24432, 24441, 24454, 24573, 24760, 25453, Dto. PEN 1387/2001, ley 25488 y 25624) rige hasta hoy tanto para los litigios ordinarios como federales.

La misma ley, con algunas variantes que la adecuan a las necesidades propias del lugar, rige en las provincias de: Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Luis, San Juan, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tucumán. También en la República del Paraguay.

Las provincias de Jujuy, La Rioja, Mendoza, Santa Fe y Tierra del Fuego mantienen hasta hoy sus propios códigos.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe (Lp 5531) tiene los siguientes antecedentes:

a) La ley del 9 de septiembre de 1867, que puso en vigencia las leyes españolas de Enjuiciamiento Civil y Negocios de Comercio;

b) La ley del 3 de diciembre de 1872, "Código de Procedimientos" redactado por los Dres. Severo Basavilbaso, Tomás Puig y Pedro Lino Funes;

c) La ley del 13 de septiembre de 1887, "Código Procesal" redactado por el Dr. Isaías Gil. Rigió desde el 1 de enero de 1888 y fue modificado por leyes del 15 de diciembre de 1890 y 1 de octubre de 1892. Posteriormente, por leyes N° 1342 (año 1906), 1387 y 1454 (año 1907), 1944 (año 1918) y 2002 (año 1920). Fue reformado por:

d) La ley 2924 (año 1940), que rigió hasta el actual CPC, que entró en vigencia en 1962.

A su turno, el CPC fue modificado por:

a) La ley 5983 (sancionada el 11.11.65, publicada el 10.12.65; verla en J, 28-391): modifica el art. 32;

b) La ley 6301 (sancionada el 19.04.67, publicada el 12.09.67; verla en J, 31-338): modifica el art. 387;

c) La ley 7118 (sancionada el 28.06.74, publicada el 12.08.74; verla en J, 46-21): modifica los arts. 378 y 379;

d) La ley 7234 (sancionada el 11.10.74, publicada el 20.11.74; verla en J, 46-50): modifica la ley de defensa en juicio de la provincia;

e) La ley 7402 (sancionada el 12.06.75, publicada el 14.07.75; verla en J, 48-15): modifica el art. 55;

f) La ley 7897 (sancionada el 16.07.76, publicada el 18.10.79; verla en J, 61-319): suspende la aplicación del art. 517 al 526 del CPC en desalojos s/ley 21342;

g) La ley 8501 (sancionada el 08.10.79, publicada el 18.10.79; verla en J, 61-319): modifica el art. 541;

h) La ley 8503 (sancionada el 12.10.79, publicada el 19.10.79; verla en J, 61-323): refiere al proceso penal;

i) La ley 9025 (sancionada el 20.07.82, publicada el 27.07.82; verla en J, 70-371): modifica los arts. 364, 366, 378 y 379;

j) La ley 9040 (sancionada el 19.08.82, publicada el 26.08.82; verla en J, 70-374): modifica la ley de defensa en juicio de la provincia;

k) La ley 9273 (sancionada el 12.07.83, publicada el 14.09.83; verla en J, 73-350): modifica los arts. 24, 57, 61, 109, 116, 118, 123, 189, 194, 433, 460, 577 y 694;

l) La ley 9333 (promulgada el 13.10.83, publicada el 02.11.83; verla en Z, 33-L/144): sustituye artículos de la Lp 8141 (Z, 12-L/59) del ministerio público;

m) La ley 9677 (promulgada el 09.09.85, publicada el 25.09.85): modifica el art. 331;

n) La ley 9868 (sancionada el 05.06.86 y publicada el 11.07.86): modifica el inc. a) del art. 3;

o) La ley 10160 (sancionada el 26.11.87 y publicada el 15.1.88) que, al organizar el Poder Judicial, modifica varias disposiciones aisladas que se especificarán en el texto;

p) La ley 10259 (sancionada el 03.11.88 y publicada el 26.01.89): agrega un párrafo al texto del art. 260;

q) La ley 10402 (sancionada el 23.11.89 y publicada el 23.01.90): modifica el art. 232;

r) La ley 11025 (sancionada el 19.08.93 y publicada el 28.09.93): agrega un párrafo al texto del art. 336;

s) La ley 11280 (sancionada el 05.10.95 y publicada el 05.12.95): agrega un párrafo al texto del art. 517;

t) La ley 11287 (sancionada el 09.11.95 y publicada el 15.12.95): modifica el art. 67;

u) La ley 12070 (sancionada el 21.11.02 y publicada el 20.12.02): modifica el art. 439;

v) La ley 12281 (sancionada el 20.05.04 y publicada el 29.06.04): modifica el art. 41.

Los textos normativos pueden consultarse en: http://www.santa-fe.gov.ar/gbrn/sin/index.php

Similar panorama al ya descrito existe en Estados Unidos de América y México, únicos países de coexistencia legislativa en el concierto continental, pues Brasil y Venezuela –también con organización política federal– han unificado su legislación procesal en texto único de carácter nacional.

Todos los demás países –políticamente unitarios– tienen códigos que regulan la materia procesal.

LECCIÓN 3

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

INTRODUCCIÓN AL TEMA

SUMARIO

1. Introito
2. El impulso procesal
3. Los orígenes del problema: un poco de historia
4. El sistema inquisitorio
   - 4.1. El Concilio de Letrán y su influencia en la idea de proceso
     - 4.1.1. La inquisición episcopal
     - 4.1.2. La inquisición papal
     - 4.1.3. La inquisición española
   - 4.2. La legislación inquisitorial española
   - 4.3. Las primeras leyes inquisitoriales argentinas
   - 4.4. Descripción del método
   - 4.5. Aplicación del método en legislaciones de los S. XVIII, XIX y XX
   - 4.6. La euforia de los autores europeos y su influencia en América
   - 4.7. Su aplicación en la Argentina
     - 4.7.1. En lo penal
     - 4.7.2. En lo civil
5. El sistema acusatorio
   - 5.1. Antecedentes
     - 5.1.1. Influencia de la Carta Magna en la idea de *proceso*
     - 5.1.2. Constitución de los Estados Unidos de América
     - 5.1.3. Revolución francesa
     - 5.1.4. Constitución argentina
     - 5.1.5. Legislación argentina
   - 5.2. Descripción del método
   - 5.3. Su aplicación en la Argentina
     - 5.3.1. En lo penal
     - 5.3.2. En lo civil
6. El sistema mixto
7. Conclusiones

1. INTROITO

Antes de comenzar la puntual explicación de los conceptos fundamentales que gobiernan y justifican la idea de *proceso,* dada la singular importancia que para la tipificación de la actual concepción legal ha tenido la experiencia histórica de los últimos ocho siglos, creo conveniente incluir ahora expresa y detallada referencia a los sistemas de enjuiciamiento que se han generado en la realidad europea y de la cual nuestros países son tributarios.

Para ello, explicaré qué es el *impulso procesal* y en qué consiste cada uno de los sistemas inquisitivo, acusatorio y mixto.

2. EL IMPULSO PROCESAL

Ya se ha referido antes el significado del sintagma *serie procedimental* referido a la estructura lógica del proceso y la idea será plenamente desarrollada más adelante.

Por ahora, adelantaré algunos conceptos propios del tema, diciendo que *el proceso es una serie consecuencial de instancias bilaterales.* Explico el significado de ello.

Castizamente, se entiende por *serie* "el conjunto de cosas relacionadas entre sí y que se suceden unas a otras". Esta noción contiene numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente: habitualmente se habla de las series más variadas: *aritmética* (1, 2, 3, 4, 5 ...); *geométrica* (2, 4, 8, 16, 32 ...); *alfabética* (a, b, c, d, e ...); *musical* (do, re, mi fa, sol, la ...), *mensual* (enero, febrero, marzo...); *semanal* (lunes, martes, miércoles...), etc., utilizando al efecto una idea de fácil comprensión por todos.

Se trata, simplemente, de una secuencia de ciertos elementos invariables que están siempre colocados en un mismo orden y que, por ello, es plenamente entendible para quien la ve o lee.

En el lenguaje del proceso ocurre otro tanto: la serie es *lógica* y se compone de numerosos actos sucesivos relacionados entre sí, que aún no he detallado en concreto pero que pueden ser agrupados en cuatro grandes *etapas:* afirmación – negación – confirmación – alegación. Lo que interesa remarcar de esta particular serie es que cualquiera de sus etapas es siempre imprescindible precedente de la que le sigue y, a su turno, ésta es su necesaria consecuencia.

De tal modo, no se puede abrir una etapa sin estar clausurada la que la precede. En otras palabras: es una *secuencia consecuencial.* Por eso es que, tanto para iniciar el proceso como para pasar de una etapa a otra, es menester desarrollar una *actividad* material que puede ser cumplida en los hechos por cualquiera de las partes o por el juez.

Habitualmente se dice en la doctrina generalizada que, para determinar a quién corresponde dar ese *impulso,* se han generado en la historia del derecho dos grandes *sistemas* de procesamiento: el *dispositivo* y el *inquisitivo* (gran parte de la doctrina asigna a ambos el erróneo carácter de *principios*).

En rigor de verdad, el tema es mucho más trascendente pues no se trata sólo de establecer *quién puede –o debe– llevar el impulso procesal* y, por ende, hacer avanzar la serie hasta lograr su objeto sino de definir desde la propia ley cuál es el tipo de proceso que se quiere en orden a la filosofía política imperante en un lugar y tiempo dados. Para esto habrá que optar, necesariamente, por:

a) un proceso que sirva y pueda ser utilizado como *medio de control social* y, llegado el caso, como *medio de opresión,* cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios basados en filosofías políticas perversas alejadas de toda idea de gobierno republicano (piénsese, por ejemplo, en todas las connotaciones de *El proceso* de Kafka...) o,

b) por lo contrario, un proceso que sirva como *último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales* y que resulte útil para hacer el intercontrol de poderes que elementalmente exige la idea de República.

De la respuesta que el legislador dé a esta opción, dependerá el tipo de sistema que habrá de normar para que tanto los particulares como el propio Estado puedan solucionar sus conflictos de convivencia.

También dependerá de ello la elección del paradigma del juez que se pretende actúe en la sociedad:

a) uno *que privilegie la meta por sobre el método* y, por tanto, haga lo que le parezca en la incansable búsqueda de la verdad real para lograr satisfacer el propio sentido de justicia (caso del juez inquisitorial) o, por lo contrario,

b) *privilegie el método por sobre la meta* y, así, se contente con lograr el pleno mantenimiento de la paz social, dando certeza a las relaciones jurídicas y aplicando las garantías constitucionales por sobre toda otra norma que se oponga a ellas (caso del juez dispositivista).

Y para concretar esta opción se han generado en la historia de la humanidad sólo dos sistemas claramente antagónicos: el *dispositivo* o *acusatorio* y el *inquisitivo* o *inquisitorio.*

Antes de comenzar la explicación puntual de cada uno de ellos, creo imprescindible historiar el problema y mostrar cómo se llegó a cada una de las posibles soluciones recién señaladas.

En la tarea de explicar los antecedentes históricos de este sistema de enjuiciamiento debo remontarme inexorablemente al año de 1215. Perdonará el lector que lo lleve tantos siglos hacia atrás, pero en instantes comprenderá el por qué de ello.

Tal como se verá luego, con pocos meses de diferencia entre uno y otro, en dicho año acaecieron dos hechos que originaron el tema que intento explicar:

1) en la Europa continental, el *Concilio de Letrán* dispuso que cesaran de una vez y drásticamente las recurrentes herejías que abundaban en la época; y

2) en la Europa insular, el Rey de Inglaterra emitió la *Carta Magna* para apaciguar a los levantiscos Barones sajones.

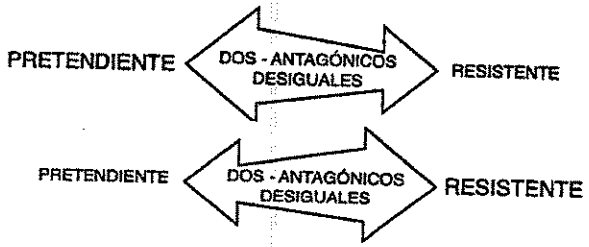
Explicaré a continuación qué ocurrió en el mundo conocido a partir de cada uno de tales acontecimientos.

3. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA: UN POCO DE HISTORIA

Con las limitaciones que surgen obvias del escaso conocimiento que aún hoy se tiene de la historia jurídica antiquísima, creo factible afirmar que en un principio todo conflicto intersubjetivo de intereses terminaba –en rigor, no podía ser de otra forma– por la fuerza que un coasociado ejercía sobre otro más débil.

Así era que, frente a la existencia de un *conflicto*, la solución sólo se lograba con la realización de un acto de fuerza. En otras palabras: usando la *razón de la fuerza*.

De tal manera que, si atendemos a la obvia desigualdad natural existente siempre entre los diferentes hombres que integran un conglomerado social, la estructura de todo conflicto puede sintetizarse con una de las figuras que muestro seguidamente y que, en esencia, representan idéntica idea:



Como se ve, un antagonista está siempre frente al otro y el ancho de las flechas que los separan se encuentra engrosado tanto del lado del pretendiente (en la primera figura) como del lado del resistente (en la segunda figura), queriendo significar con ello que *uno* (no importa cuál) es siempre más fuerte que el otro. Lo que lleva a imaginar cuál de los contendientes resultará ganador en la desigual lucha.

En algún momento de la historia las cosas cambiaron inexplicablemente. Aunque es imposible saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte de que solucionaran sus conflictos por medio de la palabra y no con el brazo armado, lo cierto es que en algún momento de la historia *la razón de la fuerza* fue sustituida por *la fuerza de la razón*.

De allí en más se posibilitó el *diálogo* y, con él, la realización de los medios autocompositivos ya vistos con anterioridad y que pueden operar *directamente* (desistimiento, allanamiento y transacción) o *indirectamente*, con la ayuda de un tercero particular (actuando como amigable componedor o como mediador) para *disolver* el conflicto. También vimos que ese tercero particular podía *resolverlo*, actuando como *árbitro* o *arbitrador*.

Cuando la autocomposición –directa o indirecta– no era posible, sólo quedaba al pretendiente, como única alternativa final, el *proceso judicial* ante una *autoridad* (el jefe de la tribu o del clan, el pretor, el señor feudal, el rey, el juez, etc.).

La idea de proceso, concebido entonces como *medio pacífico de debate dialéctico*, fue a no dudar uno de los grandes inventos de la antigüedad, tal vez más importante que el de la *rueda*, pues posibilitó que el hombre trabajara con ella en paz... Lo notable del invento consistió en que el duelo seguía existiendo igual que antes, ya que otra vez se presentaban a pelear dos sujetos antagónicos. Sólo que ahora la discusión se efectuaba dialécticamente ante un tercero que la regulaba y dirigía y que, por ser precisamente un *tercero*,

a) no era *pretendiente* ni *resistente* (es decir, ostentaba la cualidad de *impartial*, que significa *no ser parte*),

b) no tenía interés personal en el resultado del conflicto (cualidad de *imparcial*)

c) y no se encontraba en situación de *obediencia debida* respecto de alguna de las partes en conflicto (cualidad de *independiente*).

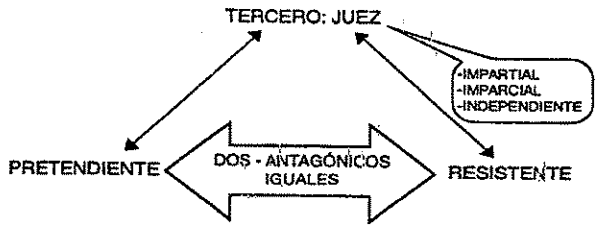
De tal forma, la estructura del medio de discusión puede mostrarse con una nueva figura (distinta de las anteriores), representada por un triángulo equilátero que muestra a los dos contendientes en la base, uno contra el otro (naturalmente desiguales) y *equidistantes* (lo que da clara idea de relativa *igualdad*) del tercero que ha de resolver el conflicto y que, al dirigir el debate, asegura a ambos opositores *un tratamiento jurídico idéntico*. Y ello es, precisamente, *lo que hace iguales a los desiguales*.

Como se ve, la igualdad es meramente *jurídica y de oportunidades, no real.*

Pero al asegurar esta paridad entre los contendientes, se logró importantísimo hito en la historia de la humanidad: el de la definitiva pacificación de la convivencia social.

Véase ahora cómo es la figura que representa la idea expresada:

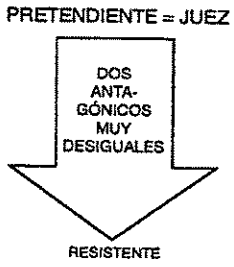
Figura 2



Con motivo de la aparición del método inquisitivo, el mismo pretendiente (acusador) se convirtió en juez de su propia acusación, desnaturalizando así el método de enjuiciamiento que, a la sazón, ya exhibía una secular antigüedad. Y, a raíz de esto, el *método de discusión* se convirtió en *método de investigación.*

Si ahora debo presentar una figura que represente la verdadera estructura de este método de juzgamiento, volveré a utilizar la misma flecha que antes, sólo que ahora dibujada tal como se puede ver seguidamente:

Figura 3



Si se analiza con detenimiento el contenido del dibujo, se advertirá que la idea de *opresión* aparece asaz clara: tanta es la desigualdad entre pretendiente y resistente, producto de hacer coincidir en una misma persona los papeles de acusador y juzgador, que la flecha se coloca ahora en forma vertical, representativa de la desigualdad existente entre la autoridad que ejerce el poder y el particular que lo sufre. ¡De ahí que semeja un clavo que intenta penetrar en el cuerpo del acusado!

A explicar los orígenes, formación y consecuencias de los métodos antes presentados en sendos dibujos diferentes, dedicaré los temas que siguen.

4. EL SISTEMA INQUISITORIO

4.1. EL CONCILIO DE LETRÁN Y SU INFLUENCIA EN LA IDEA DE *PROCESO*

Veamos primero cómo se llegó a este Concilio[1] y el porqué de sus disposiciones.

Desde los comienzos mismos de la Iglesia Católica se puso de manifiesto que no todos los creyentes comprendían de igual forma las enseñanzas de Jesús pues hubo algunos que no respetaron los *dogmas* aceptados como tales. Sin embargo, ello no generó problemas de convivencia con las jerarquías eclesiásticas durante varios siglos.

Pero hacia el año 1000 de nuestra Era, la Europa cristiana se enfrentó a la renovación del fenómeno que aparentemente se hallaba detenido desde el Siglo V: se sucedieron rápidamente en Francia –y luego se extendieron a los cuatro puntos cardinales– diversas herejías masivas que, además de impugnar entre otras cosas el dogma católico de la Trinidad, negaron instituciones básicas del orden religioso y secular (entre otras cosas, el matrimonio, la autoridad papal, etc.).

Contra ello reaccionaron severamente tanto la Iglesia como algunos reyes, utilizando medios diversos que se universalizaron a partir del Concilio de Verona (1184), en el cual nació la institución de

4.1.1. LA *INQUISICIÓN EPISCOPAL*

El decreto *Ad abolendum* encomendó a los obispos la inspección anual de los pueblos donde se presentaban numerosas herejías a fin de recabar informes secretos acerca de ellas, utilizando al efecto a personas de buena reputación y encargándoles que, llegado el caso, juzgaran por sí mismos a los sospechosos, a quienes se les negaba la posibilidad de oponer cualquier privilegio de exención de juzgamiento.

Parece claro a los autores en general que en esta época y en tales condiciones, lo que verdaderamente importaba a la Iglesia mediante ese *juzgamiento*

1 Puede v. una referencia en http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/es/bvo.htm#biu (02/02/2009).

era la *conversión* y no la *represión* del hereje, por lo que se afirma que, históricamente, el sistema carece de la trascendencia jurídica que muchos estudiosos le asignan. Pero no fue así si se miran bien sus resultados.

Veamos cómo operó la *organización inquisitorial*: las personas ya mencionadas caminaron los diferentes pueblos de Europa para hacer indagación –casa por casa– buscando pecadores a fin de lograr de ellos su confesión como sacramento religioso, que consiste en la declaración libre y voluntaria de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor y el consiguiente arrepentimiento con el firme propósito de no volver a pecar. Logrado ello, los absolvían y perdonaban los pecados confesados, quedando así expedita la inmediata reinserción de cada pecador en el seno de la Iglesia.

Hasta ese entonces el tema poco interesaba al derecho.

Sin embargo, rescate el lector tres ideas de lo recién expuesto: los inquisidores se dedicaban a: 1) la *búsqueda de pecadores*, 2) la *investigación (inquisición) de sus pecados* y 3) *lograr la confesión*.

No duraría mucho tiempo ese estado de cosas: cuando andando los años cambiaron los intereses de Roma, y el Papado se alejó de la pura espiritualidad inicial para comenzar a privilegiar los bienes materiales, con notable injerencia ahora en los gobiernos seculares a quienes disputó el ejercicio del *poder civil*, decidió convertir en *delito* algunas actividades que hasta ese entonces eran meros *pecados*.

Eso ocurrió en el Concilio de Letrán de 1215, donde la organización, inocente y verdaderamente santa *Inquisición* inicial, se convirtió en

4.1.2. LA *INQUISICIÓN PAPAL*

Este Concilio de tanta importancia en nuestra materia –al cual he asignado la categoría de hito histórico– fue el que encomendó la tarea *inquisitorial* a dos Órdenes religiosas de monjes mendicantes –Dominicos y Franciscanos– a quienes instruyó para que continuaran las tareas de búsqueda, investigación y castigo de los nuevos *delitos eclesiales* (herejía, apostasía, sortilegio, adivinación, invocación a los demonios, cisma, sodomía, mancebía, solicitación, superstición, etc.).

A este efecto se utilizó –es obvio– el método ya conocido por la organización inquisitorial: nuevamente se procuró obtener la *confesión* y el arrepentimiento pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que ahora se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno, y la condena por herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado.

Ahora sí aparece un nuevo método de enjuiciamiento –por supuesto, penal– muy alejado en su estructura de aquél que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya presenté con una *figura triangular* que siguió utilizándose para todo lo que no fuera delito.

Porque ese método era practicado por una organización conocida como *Inquisición*, pasó a la historia con el nombre de *sistema inquisitorio* (opuesto a *acusatorio*) *o inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy.

Veamos ahora en qué consistía.

El propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien seguiré llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito.

Y esa imputación –he aquí la perversa novedad del sistema– *la hacía ante él mismo* como encargado de juzgarla oportunamente.

Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran:

- el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto;
- el juez era la misma persona que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque: a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*);
- como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo acaecido en el plano de la realidad social;
- para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*;
- y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la *confesión*; de ahí que ella se convirtió en la reina de las pruebas (la *probatio probatissima);*
- y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada.

Ya he presentado recién el diseño de la flecha vertical. A él me remito ahora

Pues bien: con este sistema de procesamiento feroz, se asentaron tribunales inquisitoriales *(Santo Oficio)* principalmente en Francia, Italia y España (desde donde luego llegaron a América).

A partir de los *delitos contra la fe* (herejías), la competencia del Santo Oficio fue ampliándose para abarcar no sólo a todos los *delitos contra la religión* (sacrilegios) sino también contra los *incumplimientos de los deberes clericales* (por ejemplo, celibato, solicitación) y contra las *buenas costumbres* (por ejemplo, adulterio, sodomía) de entonces.

Aunque no es mi intención hacer la historia de estos tribunales, cabe poner de resalto que tras muchas vicisitudes, la *Inquisición medieval* señoreó en Castilla (desde 1480), llegando a actuar no como tribunal meramente eclesiástico sino como *tribunal civil* que sentenciaba por facultad dada al efecto por el propio Rey. Esto es lo que se conoce con el nombre de

4.1.3. LA *INQUISICIÓN ESPAÑOLA*

Esta institución ha sido el centro de atención y de polémica durante los siglos posteriores por la inusual crueldad que utilizó en todo su accionar y ya no se duda de que fue una creación pérfida fomentada desde el propio Trono para perseguir (y despojar) a no católicos (principalmente, judíos).

Y es que sobre fines del siglo XV, por necesidades financieras de los Reyes Católicos –que no podían o no querían pagar las deudas que habían contraído con la banca judía– se creó el *delito seglar de judaísmo.*

A raíz de él, se inició la tenaz persecución de judíos que provocó la diáspora de Sefarad, el enriquecimiento de las arcas reales y el de una de la Órdenes que continuó sin solución de continuidad con la tarea inquisitorial.

Y ahora sí apareció el juzgamiento cruel y notablemente perverso pues se procuró no sólo no pagar deudas contraídas con judíos sino también expropiar el resto de sus bienes.

La idea habrá rendido sus frutos pues se extendió con rapidez: ahora, para sojuzgar a judaizantes, marranos, musulmanes, luteranos, calvinistas y protestantes en general, etc.

Y, repitiendo el método ya conocido y practicado con eficacia, se buscó otra vez la *verdad real* mediante la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una condena que posibilitara la expropiación de bienes.

Sólo que la crueldad que mostró este sistema inquisitorio en el minucioso régimen de tortura que las *Instrucciones* de Fray Tomás de Torquemada regularon en función de la edad, sexo, condición, etc., del torturado, no ha tenido parangón en la historia de la humanidad.

Como puede colegirse, el método es siempre el mismo. Sólo que con el agregado de la cruel tortura a que eran sometidos los imputados, lo que provocó serio temor a eventuales represalias contra los juzgadores-torturadores de parte de los torturados.

Y fue así que, a las características descritas al explicar la *inquisición medieval*, se agregaron nuevas notas que hicieron más cruel el sistema.

Y es que, ahora, ¡el imputado no sabe *de qué se lo acusa*, ni *quién lo acusa*, ni *quiénes son los testigos de cargo*!

Esta actuación no ocupó sólo el mapa de España sino que fue exportada a América, donde se instaló en Lima (desde 1570), en México (desde 1571) y en Cartagena de Indias (desde 1610).

Lo que es hoy territorio de la República Argentina estaba comprendido dentro de la competencia del tribunal de Lima: por obvias razones de distancia, poco pudo actuar aquél en el Río de la Plata. Sin embargo, fue abolida toda su autoridad por decreto de la Asamblea General Constituyente de 1813 (aunque legislativamente, la Inquisición rigió hasta mediados del siglo XIX).

No obstante tanta prosapia y antecedentes históricos, el *Iluminismo* del Siglo XVIII –con la influencia intelectual de Voltaire y Beccaria, entre otros grandes de la época– logró que la tortura y la confesión cayeran en desgracia entre los autores del derecho; y ello plasmó elocuentemente en el movimiento constitucionalista que se expandió vertiginosamente en el Siglo XIX.

Tan cierto es esto, que hoy –y desde finales del Siglo XX– se estudia a la confesión como un simple *medio de defensa* que apenas puede llegar a producir *convicción* en el juzgador.

Para terminar el tema: todo lo que he relatado ha sido escondido prolijamente por la historia durante muchos años. Sin embargo, hace ya tiempo que la Iglesia adoptó otra actitud, esta vez ejemplar: gracias a Su Santidad Juan Pablo II, aquélla puso fin a ese ominoso pasado histórico al incorporar a la Bula denominada *Incarnationis Misterium,* de Convocatoria al *Jubileo* del Año Santo del 2000, lo que denominó *purificación de la memoria.* Consiste ella en el reconocimiento expreso de las culpas del pasado: la tolerancia con el mal trato dado a los indios en la Conquista, a los esclavos durante todo el tiempo que duró el vil comercio, a las víctimas de la Inquisición, a las del nazismo, etc.

Veamos ahora qué ocurrió en la legislación española a consecuencia de todos estos hechos históricos.

4.2. LA LEGISLACIÓN INQUISITORIAL ESPAÑOLA

Particular atención debe prestar el lector a lo normado en las distintas leyes españolas que en rápida visión deseo mostrar.

Para comenzar, la *Ley de Partidas* –anterior a la Inquisición española– se concretó a señalar la importancia que para el juez tenía el *conocer la verdad* de lo que estaba a punto de sentenciar. Pero en modo alguno se apartó del paradigma de enjuiciamiento de la época: dos discutiendo ante un tercero imparcial... que duró largos siglos.

Dije antes que todo esto servía sólo para el campo de los procedimientos seguidos a consecuencia de la comisión de delitos. Pero con el correr del tiempo también se extendió a los pleitos de orden civil, no penal.

En efecto: el tema es que el método inquisitivo –y su correlativo: la prueba oficiosa– aparece por fin nítidamente en el artículo 65 de la *Instrucción* del Marqués de Gerona, dictada en el mes de mayo de 1854 para corregir los procedimientos legislados respecto de los asuntos civiles.

Poco tiempo después se promulgó la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 –de tanta trascendencia para nuestros países, ya que fue ley vigente en casi todo el continente– que, siguiendo los lineamientos de las *Instrucciones* reprodujo la idea ampliándola hasta límites insospechados, ya que detalló en su artículo 48 la actividad que se le encomendaba al juez a título de *facultad*, no de *deber*. Sin embargo, parece que no tuvo pacífica e inmediata aplicación, a tenor de la opinión de Caravantes, que tanta influencia tuvo en la jurisprudencia española de ese siglo.

Esta tesitura se repitió en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, art. 340.

Afortunadamente, aunque tarde en orden a los postulados y garantías constitucionales vigentes en España, ha prevalecido la cordura: el artículo 435 de la ley N° 1 del año 2000, actual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ha cambiado el régimen de prueba oficiosa sosteniendo la doctrina que se erradicó por completo la posibilidad de practicar *medidas para mejor proveer* o *resolver* o, como las denomina la ley española, *diligencias finales de prueba*.

Pero si se lee con atención, la nueva norma practica puro *gatopardismo*.

4.3. LAS PRIMERAS LEYES INQUISITORIALES ARGENTINAS

En la Argentina ha pasado y pasa cosa similar a la acaecida en España, pues no en vano de allí hemos heredado nuestra legislación.

Veamos: congruente con lo que ocurría en la Madre Patria, en el año de 1863 se dictó la Ln 50 (de procedimiento federal) que en su artículo 102 mejoró notablemente el autoritarismo de su antecedente inmediato.

El CPC SFE que comenzó a regir el 1 de enero de 1988 –y duró hasta el año de 1940– repitió la escena en su artículo 354[2].

Por ahora es suficiente el recuerdo histórico acerca de legislación del siglo XIX, porque cosa similar ocurrió en todas las provincias (al igual que en toda América). A este efecto he recordado dos leyes importantes separadas por más de veinte años en el tiempo y con vigencia en lugares diferentes.

Pero quiero señalar algo de importancia: a raíz de todo ello, el jurista hispano ha mamado durante más de ¡quinientos años! la influencia de una filosofía inquisitorial contenida en cadena de leyes que ha sido defendida encendidamente desde la doctrina y la jurisprudencia de todo ese tiempo.

Y así, no sólo se acostumbró a ella sino que, además, creyó por influencia ajena que si eso no era lo óptimo, al menos era muy bueno para los sistemas de justicia.

Y aunque esto no justifica la doctrina, permite al menos comprender el por qué de tanta insistencia con ella y su plácida y despreocupada aceptación hasta el día de hoy.

4.4. LA DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA INQUISITIVO

Es un método de enjuiciamiento unilateral mediante el cual la propia autoridad –actuando cual lo haría un pretendiente– se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador.

De tal modo, y conforme a lo que ya se ha visto al recordar cómo se amplió paulatinamente el método con el correr de los siglos, puede decirse que sus características son:

- el *mismo juez* comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal;

- el *mismo juez* se encarga de buscar las pruebas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales

2 Esa ley fue reformada íntegramente por la Lp 2924 de 1940 y ésta, a su turno, por la Lp 5531, de 1962.

injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la actividad se cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas *medidas para mejor proveer);*

• el *mismo juez* –que primero *investigó*, luego *imputó* y después *probó* la imputación– es quien ahora *juzga*;

• ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que –se le ha enseñado– tiene con la Verdad y la Justicia. Hasta aquí, lo que surge evidente de la simple visión del método descrito.

Pero como éste se presenta perverso y claramente disvalioso para cualquier estudioso que encare el tema, ha sido menester disfrazarlo con palabras que tapen u oscurezcan el horror.

Y eso se ha hecho en las leyes que regularon la materia durante los siglos XVI, XVII, XVIII, XIX y XX y en toda la doctrina que la glosó.

4.5. APLICACIÓN DEL MÉTODO INQUISITIVO EN LAS LEGISLACIONES DE LOS SIGLOS XVIII, XIX Y XX

Cuadra ahora que me ocupe de alguna historia más reciente, para mostrar la utilización de este sistema como método de enjuiciamiento –tanto civil como penal– por parte de los grandes totalitarismos que ha sufrido la humanidad en los últimos siglos y que lo han empleado como claro *medio de control social*, no como *bastión de libertad* cual lo postulo en esta obra.

Así, el *Reglamento Josefino* de 1781 (considerado como el primer código procesal moderno y como extraordinario monumento al absolutismo y despotismo ilustrado del siglo XVIII), la *Ordenanza austríaca* de 1895 (que estableció el papel protagónico absoluto del juez en el proceso), la *Ordenanza alemana* de 1937 (de Adolfo Hitler), el *Código italiano* de 1940 (de Benito Mussolini, líder del movimiento fascista, cuya exposición de motivos es digna de ser leída[3] y, finalmente, la *Ley de Procedimiento Civil* soviética de 1979, que llevó el totalitarismo de la norma a grados insospechados.

Si se leen con atención todos estos ordenamientos, se concluirá en que todos coinciden: tanto los de derecha como los de izquierda mantienen idénticos objetivos, para lo cual utilizan similares métodos procedimentales: 1) aumentan los poderes de dirección de los jueces y sus facultades probatorias para llegar a la *verdad* y 2) retacean sus facultades decisorias, exigiendo al juez un irrestricto apego a la ley vigente y prohibiéndoles terminantemente toda creación de derecho.

3 Para el CPC Italiano, v. http://dbase.ipzs.it/cgi-free/db2www/notai/arti.mac/SOMMARIO?datagu=10/28/1940&redaz=040G1443&swpag=12G (02.02.2009); para la *Relazione al Re*, v. http://www.lex.unict.it/didattica/materiali03/procivilemz_sg/documenti/2.pdf (02/02/2009).

Antes de ver cuál ha sido la influencia de todas estas leyes en la legislación argentina contemporánea creo conveniente detenerme en

4.6. LA EUFORIA DE LOS AUTORES ITALIANOS Y ALEMANES Y SU INFLUENCIA EN AMÉRICA

Durante las décadas del ´40 y del ´50 la doctrina procesal hizo eclosión en Alemania e Italia y allí –a raíz de los nuevos ordenamientos legales– se escribieron innumerables tratados, estudios y obras en general que prontamente fueron editados en castellano en Argentina y en México, donde se habían radicado buenos traductores al amparo de conocidas editoriales de la época.

En general, todos los excelentes autores responsables de la enorme obra de difusión encarada –muchos de los italianos eran discípulos de Chiovenda– sostuvieron que ambas legislaciones glosadas eran el *non plus ultra* en materia de enjuiciamiento.

Y rápidamente –sin reparar en su origen ideológico-político– el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que, con citas en latín, tudesco e italiano, pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado *en los países más adelantados de Europa,* donde había sido largamente elogiado por *la buena doctrina de la época.*

Y así fue cómo los juristas de toda América, convencidos de que *eso era lo mejor*, comenzaron a mirar hacia el nuevo oriente jurídico que, además, mostraba legislación que reiteraba el método vigente en estos lares desde el siglo XVI y al cual estaban ya acostumbrados.

4.7. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO INQUISITIVO EN LA ARGENTINA

Congruente con ello, todas las leyes que se redactaron durante los años 50 y décadas posteriores reafirmaron las ideas ya largamente comentadas.

Así, por ejemplo, el CPC SFE de 1940 y su posterior reforma en 1962 (ver su art. 19).

Todo esto culminó en Argentina con la Ln 17.454 que, promulgada bajo la dictadura del General Onganía durante una de las tantas impunes rupturas del orden constitucional que sufrió el país durante el siglo XX, comenzó siendo norma vigente en la ciudad de Buenos Aires y luego se extendió hacia otras

provincias cual cáncer imparable hasta estar hoy vigente en casi todas los Estados argentinos, pocos de las cuales respetan su origen federal.

Afirmar que esta ley dictatorial es de carácter democrático no pasa de ser una simple petición de principios totalmente divorciada de la realidad.

La ley *es autoritaria* y consagra en forma reiterativa soluciones definitivamente ineficaces en orden a procurar un mejor sistema de justicia.

Lo bueno de destacar aquí es que, al tiempo en que esto escribo, ese código ha sido modificado mediante las leyes 17.812, 19.419, 20.497, 21.305, 21.347, 21.708, 22.434, 23.850, 23.216, 23.774, 23.850, 24.432, 24.441, 24.454, 24.573, 24.675, 24.760, 25.453, 25.488, 25.624 y por varios decretos del Poder Ejecutivo y Acordadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De ello parece resultar que –con tanta reforma y maguer ella– la ineficacia continúa. En rigor, *continuará y se acrecentará*, pues todos los agregados y cambios son, en definitiva, *más de lo mismo*: se restringe el método en orden a una difusa meta...

4.7.1. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO EN LO PENAL

Salvo algunas pocas leyes que luego referiré puntualmente al explicar el sistema acusatorio, todas las leyes argentinas vigentes para el enjuiciamiento penal son de neto y absoluto carácter inquisitivo, con todas las miasmas que su concepto puede contener: desde la iniciación oficiosa del proceso hasta la ignorancia de la regla de congruencia en la sentencia.

4.7.2. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO EN LO CIVIL

Cosa parecida ocurre en el campo de lo civil, en el cual los autores persisten en privilegiar *la justicia subjetiva de la meta* por sobre *la legitimidad objetiva del método de procesamiento.* Ya volveré sobre el tema.

5. EL SISTEMA ACUSATORIO

Tal cual lo he explicado ya recurrentemente, desde tiempo inmemorial –en rigor, desde la pacificación de los pueblos– existía en los hechos una idea parecida a la que hoy tenemos del proceso civilizado: dos personas (actor y demandado) discutiendo ante otra cuya autoridad personal o moral acataban

En el orden penal, y superadas las etapas de la venganza privada y de las ordalías, ocurrió otro tanto entre acusador y reo.

Conforme al individualismo imperante en la época antigua y antes del uso de estrictas fórmulas religiosas (que luego fueron dejadas de lado), parece ser que eran las propias partes quienes podían *disponer* libremente no sólo del derecho en discusión sino también del método para discutir (exactamente lo que afirmé con anterioridad).

A este sistema de *libre disposición del método de debate* se le asigna desde antaño la denominación de *dispositivo* (en materia civil) o *acusatorio* (en materia penal, pues nace a partir de la *acusación* que se hace contra alguien) y fue el que imperó en Grecia, Roma, etc., como se ha visto precedentemente

Veamos ahora cómo algunos importantes acontecimientos históricos incidieron en la permanencia de este sistema en diversos países del mundo.

5.1. ANTECEDENTES

5.1.1. LA INFLUENCIA DE LA CARTA MAGNA DE INGLATERRA EN LA IDEA DE *DEBIDO PROCESO*

En el año de 1215, reinaba en Inglaterra Juan Plantagenet conocido como *Juan sin Tierra,* que accedió al trono después de la muerte de su hermano mayor Ricardo I, *Corazón de León.*

Dice la historia que llevó una vida guerrera y ejerció un gobierno absolutista sobre ingleses, galeses, irlandeses y escoceses, por lo que terminó sufriendo el odio de sus súbditos, especialmente de los ingleses quienes, hastiados ya de los impuestos y las guerras y llenos de repugnancia por los caprichos y costumbres licenciosas del Rey normando, decidieron *oponer la ley a los caprichos reales.*

Fue así que, con la mira colocada en impuestos justos y ecuánimes, los Barones ingleses exigieron un tratamiento conforme con el procedimiento legal vigente a la sazón, a raíz de lo cual el Rey emitió el primer *pacto de convivencia* entre el Gobierno y los gobernados que se conoce en el mundo: la *Carta Magna* de 1215[4], en fecha muy cercana a la de la realización del Concilio de Letrán en la Europa continental.

Allí apareció el *germen legal de la idea de proceso* que venía practicándose desde los tiempos de la civilidad, en expresa garantía que el Rey otorgó a sus súbditos al prometerles un juzgamiento de *pares* no sujeto al capricho real.

4 Su texto puede ser consultado en http://www.geocities.com/eqhd/cartamagna.htm (02.02.2009).

La idea allí contenida fue reiterada en la *Declaración de derechos* o *Bill of rights* de 1689[5], donde se repiten ideas expresamente vinculadas con las Carta Magna y contenidas en la *Petición de Derechos* o *Petition of rights* del 7 de junio de 1628[6].

El procedimiento que deriva de esta promesa real se cumplió con exactitud y esmero por los sucesores de Juan sin Tierra.

Tanto, que el proceso concebido como método de debate entre dos iguales ante un tercero imparcial que asegura jurídicamente esa igualdad rige desde entonces hasta hoy en toda la Gran Bretaña y en la totalidad de los países que en algún momento integraron el Imperio Británico.

Y esto no es casualidad. Por lo contrario, se debe a que durante el comienzo del siglo XVI –propio del señorío de la Inquisición española– reinó en Inglaterra Enrique VIII, que al romper con la Iglesia católica, no toleró la presencia de inquisidores dominicos en su reino.

Tan simple cuan tangencial razón explica el por qué Inglaterra nunca conoció el método inquisitivo de enjuiciamiento y el por qué del apego al método acusatorio a pesar de ser conocido el autoritarismo real.

Y esto esto ha sido válido por muchos años y, en algunos lugares, hasta hoy: no hay impulso judicial, ni prueba oficiosa, ni intervención de los jueces en la formulación de preguntas a partes y testigos, ni búsqueda denodada de la verdad, etc., en todos los países del *common law.*

Toda esta historia de Inglaterra sería de enorme trascendencia en

5.1.2. LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Esta Constitución data del 17 de setiembre de 1787 y, en su texto original de apenas siete artículos, no hace referencia alguna al tema en cuestión pues, en esencia, se limita a organizar el ejercicio del poder[7].

Es bien sabido que dicha Constitución es de estructura *abierta,* lo que permite su eventual modificación por el simple método de agregar *enmiendas.*

Precisamente fue la *Quinta Enmienda* de fecha 15 de diciembre de 1791 la que, al consagrar los derechos de todo ciudadano en las causas penales, esta-

5 Su texto puede ser consultado en http://www.geocities.com/eqhd/bor.htm (02/02/2009).
6 Su texto puede ser consultado en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/petition_eng_1628.html (02/02/2009).
7 Su texto puede ser consultado en http://www.cojuma.net/Constitutions-Spanish/Estados%20Unidos.doc (02/02/2009).

blece en su parte pertinente que "no podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal y no se le privará de la vida, de la libertad o de la propiedad *sin el debido procedimiento judicial*".

Similar mandato constitucional figura nuevamente en el texto de la *Decimocuarta Enmienda*, de fecha 9 de julio de 1868, ahora como restricción al poder de los Estados confederados.

Surge clara así la filiación antiautoritaria de la norma y la originalidad del constituyente americano al establecer la garantía de un *due process of law* (traducido al castellano como el *debido proceso legal*) que luego sería norma de rango constitucional en todos nuestros países.

5.1.3. LA REVOLUCIÓN FRANCESA (1789)

Este acontecimiento sin par produjo importante quiebre histórico en la concepción del mundo civilizado por su carácter total y radical. A tal punto, que cambió el *eje del ejercicio del poder*, por lo cual se considera que con esta Revolución finalizó la *Edad Moderna* para dar paso a la *Edad Contemporánea* y, como tal, tuvo decidida influencia en el posterior movimiento constitucional americano gracias a la enorme trascendencia tangencial de las obras de Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Diderot y su *Enciclopedia*[8], que se extendieron en forma vertiginosa por todo Occidente y fueron decisivas para la creación del movimiento libertario de América del Sur.

A tal punto ello es cierto que todas las Constituciones que se dictaron en nuestra región durante la primera mitad del siglo XIX fueron fiel reflejo del pensamiento contenido en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*[9] (26.08.1789) y, en lo judicial, seguidoras de la idea referida al *debido proceso,* aunque casi ninguna se refiere a él con esa denominación.

Todo ello fue la base indiscutible de

5.1.4. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La sancionada en el año de 1853 es un ejemplo absoluto de texto constitucional liberal y no autoritario pues es el reflejo del pensamiento triunfante en larga lucha contra la tiranía rosista.

8 Puede v. una referencia en http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd99/ed99-0257-01/enciclo.html (02.02.2009).
9 Su texto puede ser consultado en http://www.senat.fr/lng/es/declaration_droits_homme.html (02/02/2009).

Su fuente inmediata fue el *Proyecto* de Juan Bautista Alberdi[10], cuyos artículos 19 y 20 son la base del texto final de la CN, 18, que poco difirió de él ya que lo copió en gran parte.

Veamos ahora tal norma, que coincide con el texto correspondiente al cuerpo normativo mantenido en el año de 1994: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

En la misma tónica se encuentran otras normas que, por imperativo constitucional, también son leyes vigentes en la Argentina.

A título de ejemplo, cito a

a) la *Declaración universal de los derechos del hombre* (proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Resolución de la Asamblea General 217 A de las Naciones Unidas)[11] y b) la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* conocida como *Pacto de San José de Costa Rica* (del 22 de noviembre de 1969)[12],

Como se ve, tanto la Constitución como todas las leyes internacionales que se han aceptado como propias consagran un método de enjuiciamiento absoluta y definitivamente liberal y no autoritario como el *inquisitivo-nazi-fascista-soviético* que tanto sigue deslumbrando al procesalismo civil de América latina.

Veamos ahora qué ha pasado en

10 Su texto puede ser consultado en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/57951622438248617422202/index.htm (02.02.2009).
11 Su texto puede ser consultado en http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm (02.02.2009).
12 Su texto puede ser consultado en http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html (02.02.2009).

5.1.5. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Creo imprescindible insistir en que, cuando la Constitución de 1853 se insertó en el plexo normativo argentino, toda la legislación procesal vigente era de *neto corte autoritario* a consecuencia de haber mantenido el país hasta entonces las leyes procedimentales de la Colonia que, obvio es decirlo, repetían acá las vigentes en España.

Parece claro que si ese régimen era inquisitivo –lo contrario al método de juzgamiento consagrado en la Constitución en orden a los precedentes que se tuvieron en cuenta al momento de redactarla– la nueva norma de rango superior debió producir la inmediata abrogación de toda ley procedimental que se le opusiera.

Esto no ocurrió y se ignora el porqué. Pero lo cierto es que la ley incompatible siguió rigiendo y, peor aún, se hizo más autoritaria a medida que España –que carecía de texto constitucional como el de los vigentes en América– endurecía su sistema de enjuiciamiento, tal como lo he explicado en páginas anteriores.

Ya he mencionado en esta Lección lo que pasó en la Argentina durante el siglo XIX. Resta agregar a ello que la situación es absolutamente incomprensible en un sistema judicial con control de constitucionalidad difuso.

Con todos estos antecedentes, es bueno que veamos ahora

5.2. LA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO ACUSATORIO DE DEBATE

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las

partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas.

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica que ya se ha dado del *proceso,* como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente con los siguientes rasgos caracterizadores:

- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*;
- el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez;*
- el juicio es *público* salvo casos excepcionales;
- existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo)
- y el juez es un tercero que, como tal, es *impartial* (no parte), *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;
- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley;
- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba,* por lo que se prohibe su provocación (absolución de posiciones);
- correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia;
- se prohibe la tortura;
- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa
- y quién lo acusa
- y quiénes son los testigos de cargo; etc.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo). Pronto volveré sobre el tema.

5.3. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO ACUSATORIO EN LA ARGENTINA

Poco –en rigor, casi ningún– auge ha tenido este método de enjuiciamiento en el país.

Veamos:

5.3.1. EN LO PENAL

Desde siempre todo juzgamiento se hizo con irrestricto apego al sistema inquisitivo, en todas las provincias y respecto de todos los delitos y faltas. Hasta hace relativamente poco tiempo, ya que la provincia de Buenos Aires adoptó el sistema acusatorio en el año de 1998, y a partir de allí, otras más[13].

5.3.2. EN LO CIVIL

En este campo no hay ley argentina que consagre el sistema dispositivo puro.

Dicen los autores que, aquí, el método que se aplica es *predominantemente dispositivo* con algunos leves retoques del *sistema inquisitivo.* Y a esto lo llaman *sistema mixto,* tal como se verá luego.

Pero antes, creo menester efectuar una comparación paralela entre los sistemas extremos.

A este fin presento el recurso docente de insertar el siguiente cuadro comparativo:

Sistema acusatorio (o dispositivo)	Sistema *inquisitivo*
1) el proceso se inicia sólo *por acción del interesado*	1) el proceso se inicia por *acción* (acusación), por *denuncia* o de *oficio*
2) el impulso procesal lo efectúan *los interesados,* no el juez	2) el impulso procesal es efectuado *por el juez*
3) el acusado (o demandado) *sabe* desde el comienzo quién y por qué se lo acusa (o demanda)	3) el acusado (o demandado) *no sabe* desde el comienzo quién ni por qué se lo acusa (o demanda)
4) el acusado *sabe* quién es el juez	4) el acusado puede *no saber* quién es el juez
5) el proceso es *público,* lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento	5) el proceso es *secreto,* lo que posibilita el tormento

Como se ve, la figura central del sistema inquisitivo es el propio Estado (el juez), lo que revela por sí solo su carácter *totalitario.*

En cambio, el eje central del sistema *dispositivo* es el *hombre* actuando en calidad de litigante.

¿Hace falta que insista en que hay un irreconciliable divorcio entre la Constitución y la ley?

6. EL SISTEMA MIXTO

Comparando los sistemas descritos en los párrafos anteriores, puede colegirse con facilidad que los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado.

Así es como *disposición* e *inquisición* aparecen siempre en la historia judicial, a la manera de poderosos partidos políticos, como bandos contrapuestos que ganan más o menos adeptos según las circunstancias, que gobiernan alternadamente, que se soportan de manera recíproca, que simulan no pocas veces que hasta pueden llegar a convivir pacíficamente.

Tanto es así, que al escuchar el comentario de los autores acerca de cualquier código, es habitual que indiquen que es *predominantemente dispositivo con algunas pautas inquisitivas* o, por lo contrario, que es *fundamentalmente inquisitivo, con algunos rasgos dispositivos.*

Si se me dispensa el seguir con la metáfora política, es sencillo afirmar que, tal como acontece en esa área, se considera habitualmente –por autores y legisladores– que *disposición e inquisición* son posiciones *extremas* que, como tales, resultan negativas y disvaliosas.

De allí que, desde antaño, abunden los *centristas,* embarcados en la tarea de lograr un adecuado equilibrio entre las posiciones antagónicas.

No resulta difícil advertir que la tenacidad de estos predicadores ha fecundado prolíficamente en el pensamiento de los más eximios procesalistas americanos: a fuerza de una empecinada reiteración, esa idea de *equilibrio,* de

13 El texto de CPP de BUE puede ser consultado en http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11922.html (02.02.2009); el de CPP de SFE. en http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/codigo_procesal_penal/codigo_procesal_penal.htm (02/02/2009).

saludable medio entre los dos extremos, se ha convertido en una especie de *dogma* que hoy adoptan casi todos los ordenamientos del continente.

Para constatarlo, basta con leer la *Exposición de Motivos* de la mayoría de los códigos procesales: como máxima virtud, se señala habitualmente que el respectivo cuerpo legal, "a la par que mantiene valiosas pautas dispositivas, no deja de recoger los no menos valiosos aportes del sistema inquisitivo..."

Con ello nace lo que se conoce como *sistema mixto,* que ostenta caracteres propios de cada uno de los ya mencionados.

Por supuesto –y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos– no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues *disposición* e *inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia.

Por eso es que *no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto.*

No ocurre otro tanto con las *reglas técnicas* que indican cómo procesar, que pueden llegar a combinarse en el tiempo. Y hago la advertencia pues lo que vengo explicando hasta ahora no es una simple regla para instrumentar el método de debate; más que ello, es la representación en el proceso de filosofías políticas antagónicas que no pueden coexistir sino a riesgo de una simple y deplorable *incoherencia sistémica.*

Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación –que algunos autores pueden considerar extravagante– recurro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de confirmación de afirmaciones.

Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de *medidas para mejor proveer* o *resolver* otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la *verdad real* acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes.

En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de confirmación, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos... etc. Afirmo que tal comentario es incoherente.

Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas, plazos, negligencia, caducidad,* etc., en materia de confirmación?

El problema no es novedoso: en la década del 40, dos ilustres tratadistas italianos –Allorio y Satta– sostuvieron ardorosos coloquios respecto de él.

Si quiere extractarse en una sola frase el fondo político de la polémica, hay que imaginar que cualquier hombre común ha de interpretar las posiciones antagónicas a base de este pensamiento: mientras uno de los autores nombrados piensa que "los tribunales están instituidos para que Pedro pueda obtener la condena de Juan al pago de lo que le debe", el otro cree que "Pedro debe accionar ante los jueces del Estado para que éste pueda alcanzar su fin de condenar a Juan al pago de lo que debe".

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto?

A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante casi *seiscientos años*, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional*).

7. CONCLUSIONES

En la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil.

A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir este estado de cosas y, para eso, esta obra.

Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en el país hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29 y 109.

> En CN, 29, se establece que: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria".
>
> En CN. 109, se dispone: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, vuelvo a iterar que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser mas clara, más pura, ni puede concebirse más liberal: acordaron la *igualdad ante la ley*, remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia*, prohibieron la *condena sin juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho que motivó el proceso, etc.

Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era –y es– un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y el otro en la de *imparcialidad* (lo cual ocurre *exclusivamente* en el sistema dispositivo o acusatorio).

De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez *es juez y parte* al mismo tiempo.

Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: el juez-acusador y el reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política y caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador argentino, lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan por sí mismos la vigencia del *debido proceso* al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica –indebidamente– la denominación de *procesos.*

Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

A esta altura de la exposición, ya habrá advertido el lector el porqué del método de esta obra, cuyo eje central es la *acción procesal* y no la *jurisdicción.*

Aunque continuaré en esta tónica, mostrando lo que el proceso *es lógicamente* –y *debe ser jurídicamente*– me ocuparé también, llegado el caso, de explicar lo que *es normativamente en la actualidad.*

Como corolario de lo desarrollado en esta Lección, donde me he detenido en demasía al describir los sistemas que regulan los diferentes métodos de enjuiciamiento que coexisten en el mundo, quiero concluir diciendo que descarto por completo que en los países de la región pueda –o deba– aplicarse el sistema inquisitivo y, por ende, el sistema mixto.

Pero detrás de esta conclusión –que ya parece obvia en esta obra– existe una verdadera elección personal que, desde ya, afirmo que se mantendrá incólume aun en la hipótesis de no contar eventualmente y algún día con una Constitución libertaria.

Y es que en el trance de tener que elegir un método de juzgamiento –no como autoridad, en calidad de juzgador (y conste que lo he sido durante casi toda mi vida), sino de simple particular que anda de a pie por los caminos de la vida– me enfrento con una alternativa inexorable:

a) o elijo un proceso que sirva como *medio de control social* (con resultados al mejor estilo kafkiano) u

b) opto por un método que se presente en sí mismo como *último bastión de la libertad*.

De ahí que, tomando partido por *la Constitución* y no por *la ley* en esta lucha ideológica que hoy enfrenta absurdamente a los procesalistas de América, elijo proclamar

- la libertad;
- la garantía del debido proceso
- y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia,
- donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor,
- con absoluta bilateralidad de la audiencia
- y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución.

Esto es –a la postre– lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de *garantismo procesal*[14] y que se enfrenta a la actitud *solidarista* que sostienen quienes prefieren el mantenimiento del régimen autoritario.

14 Para conocer qué es el *garantismo procesal*, ver mi libro *El debido proceso de la garantía constitucional*, ed. Zeus, Rosario, 2003.

LECCIÓN 4

LA ACCIÓN PROCESAL DEL PRETENDIENTE Y LA REACCIÓN PROCESAL DEL RESISTENTE

SUMARIO

1. Introducción al tema: la defensa en juicio
2. Concepto de *acción procesal*
3. Requisitos de la acción procesal
   3.1. Existencia de posibilidad de accionar
   3.2. Ausencia de caducidad del derecho de accionar
   3.3. Capacidad jurídica del actor
   3.4. Adecuada investidura de la autoridad
4. Concepto de *reacción procesal*
   4.1. Reacción del demandado civil
      4.1.1. Abstención
      4.1.2. Sumisión
      4.1.3. Oposición
         4.1.3.1. Contradicción
         4.1.3.2. Excepción
   4.2. Reacción del reo penal
5. Requisitos de la reacción procesal
   5.1. Juicio civil
   5.2. Juicio penal
6. La llamada *acción penal*

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA: LA DEFENSA EN JUICIO

Siendo el proceso un método de *debate y dialéctico*, ya parece obvio señalar aquí que constituye un *medio* para que se desarrolle un *diálogo argumentativo* entre las partes *actora* y *demandada* o *acusadora* y *acusada*, durante cuyo desarrollo uno afirma (*tesis*) y el otro niega (*antítesis*) para que el tercero que lo dirige pueda hacer oportunamente la síntesis final (*sentencia*).

Como hace a la idea lógica de proceso el que las partes se hallen en pie de perfecta igualdad, es menester que todo lo que una parte afirme o confirme respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o confirmación (por eso es *diálogo* y no *monólogo*).

Este derecho es tan elemental (sin su existencia no habría proceso) e importante, que se halla expresa o implícitamente establecido en todas las constituciones antiguas y modernas que, en términos más o menos similares, garantizan la *inviolabilidad de la defensa en juicio*[1].

Desde siempre, los publicistas del proceso han interpretado las cláusulas que instrumentan tal garantía desde la óptica del demandado y, muy especialmente, de la del reo penal, olvidando que el derecho de defensa en juicio cubre también por igual al actor o al acusador.

Al definir a la acción procesal (partiendo desde la actividad que se cumple en el plano jurídico) como una particular instancia que es *necesariamente bilateral,* ocurre que el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: *ambas instan bilateralmente,* de modo que la afirmación del actor, por ejemplo, debe ser conocida por el demandado a efecto de que pueda controvertirla, al igual que la eventual afirmación del demandado (ya se verá que esto es en esencia su actividad de *excepcionar*) debe ser conocida por el actor a fin de que pueda discutirla, etc.

De allí que ambas actividades –la del actor y la del demandado– se diferencien sólo por el tiempo *sucesivo* en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra.

Por eso es que, reflejando esa circunstancia, la más moderna concepción del tema lo menciona utilizando los vocablos *acción* y *reacción* (en idioma castellano significa "acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella").

Pero la definición castiza no revela de modo exacto lo que técnicamente ocurre en el plano procesal, ya que por razones obvias el demandado no está obligado *siempre* a contradecir: ya se verá en el # 4 cuáles son las posibles actitudes que puede adoptar una vez incoado el proceso.

Para lograr coherencia sistémica en todo lo que aquí diga respecto del *proceso,* y habida cuenta de que en la Lección anterior lo he presentado como el

1 Hay Constituciones que colocan al *derecho a la defensa en juicio* inmediatamente después del *derecho a la libertad* y por encima de todo otro derecho constitucional: propiedad, intimidad, circulación, domicilio, correspondencia, etc.

objeto de la *acción procesal,* parece claro que debo comenzar toda explicación a partir de su completa tipificación.

Con ello, asumo una posición filosófica que coloca a la libertad personal por encima de todo otro valor y, consiguientemente, considera que el Estado se halla al servicio del individuo y no a la inversa.

Todo lo que aquí se diga alcanzará no sólo a la actividad del actor civil y del acusador penal sino también a las que cumplen el demandado y el reo.

2. EL CONCEPTO DE *ACCIÓN PROCESAL*

Ya he afirmado en Lección anterior que la palabra *acción* es uno de los vocablos que mayor número de acepciones tiene en el campo del Derecho.

Dentro de esta materia el problema se agrava: en la historia del proceso, la voz *acción* se ha entendido como *actividad* y como sinónimo de *pretensión* y de *derecho,* lo cual ha generado notable confusión que persiste hasta el día de hoy.

Para evitar ello y precisar adecuadamente los conceptos, atendiendo a que todo lenguaje es puramente convencional, es que he adoptado en esta obra un método no habitual para explicar el fenómeno del proceso y que consiste en observar con atención la actividad material que se cumple en el terreno de la realidad social: se trata de estudiar qué hace un individuo en conflicto para solucionarlo dentro de una sociedad civilizada.

De tal modo –y por ahora– se prescinde por completo de toda noción inherente a la normativa vigente.

Abundando en esta idea y a riesgo de ser reiterativo, no elaboro un concepto *a partir de la ley* sino que lo hago colocándome en la hipótesis de su *total inexistencia:* sólo así se puede advertir la notable trascendencia del principio extrajurídico de la *alternatividad,* del cual surgen la propia posibilidad normativa y la forma concreta de legislar acerca de un fenómeno de la realidad en orden a las diferentes opciones que brindan las filosofías políticas antagónicas que lo contemplan (por ejemplo, la tierra puede ser de propiedad privada en un régimen político capitalista y no en un régimen comunista).

Desde la óptica de la pura actividad, creo haber mostrado ya un concepto inequívoco de la *acción procesal:* es la única instancia necesariamente bilateral. Y así está todo dicho, pues con tal conceptuación se muestra el fenómeno de un modo inconfundible por ser irrepetible en el mundo jurídico.

Frente a ello, la doctrina procesal que analiza el problema con un método diferente –definir a partir de la ley y no desde la propia realidad– ha producido

durante el curso de un siglo las más variadas explicaciones que, por la notable disimilitud de óptica de los autores, no ha logrado hasta hoy un resultado auténticamente positivo.

Tanto es así, que hay quienes han preferido abandonar el concepto de acción por estimar –erróneamente– que resulta por completo inútil e intrascendente para tipificar la idea del proceso y, por ello, lo han sustituido por el de *pretensión*.

Toda esta inmensa tarea de construcción doctrinal ha sido posible porque el tema en estudio no es baladí ni mero capricho académico: se trata, nada menos, que de conocer cabalmente cuál es la esencia de la acción procesal como instancia que origina un proceso.

Y la respuesta que se dé a este interrogante servirá para constituir la base misma del sistema de procesamiento que se adopte legislativamente: y se ha visto en las Lecciones anteriores que hay claros antagonismos que surgen de filosofías políticas que muestran diferentes enfoques del Estado frente al individuo y viceversa en la eterna lucha entre la libertad y el autoritarismo.

A los fines que interesan a esta explicación, no considero necesario hacer un inventario cronológico de todas las teorías que se han esbozado sobre el tema, sino tan sólo de las que marcaron un verdadero hito en la historia del pensamiento procesal:

a) en un principio, y en lo que puede denominarse teoría *clásica*, los autores vieron a la acción como *un simple elemento del derecho subjetivo material violado o desconocido*. En otras palabras: se estima aquí que la acción procesal es el mismo derecho material "puesto en movimiento y armado en pie de guerra". De tal modo, si se intenta explicar el fenómeno de la acción procesal a base de esta teoría, habrá de sostenerse que *accionar* es *ejercer el derecho subjetivo violado*.

A fin de que esta definición sea congruente con ella misma, es de imaginar que para *accionar* la ley exigirá siempre la demostración *inicial* y cabal de la existencia del derecho violado en el plano de la realidad (caso contrario, y en esta terminología, *no habrá acción*).

Ya se ha visto que eso no es exacto pues la vida jurídica de todo tiempo y lugar enseña que en el terreno de la pura actividad pueden demandar tanto el que tiene razón (o derecho) como el que carece de ella.

Precisamente para diferenciar ambas hipótesis es que he propiciado la distinción entre *conflicto* y *litigio*.

Y es que al no existir diferencia esencial alguna entre el derecho material violado (derecho subjetivo) y el derecho de acción (uno de los elementos de

aquél), resulta imposible explicar adecuadamente qué es lo que ejercita un particular que, aun careciendo de todo derecho material violado, acciona y origina un proceso a cuyo término el juez rechaza la demanda por no tener derecho (subjetivo) el actor.

Las conclusiones de esta concepción surgen obvias: no hay acción sin derecho y viceversa; por tanto, la naturaleza de la acción procesal depende de la naturaleza del derecho (personalísimo, personal, real, etc.) que le da vida.

Se muestra así un evidente error conceptual que aún permanece plagando de equívocos a la doctrina y a la propia legislación: así es cómo se habla hasta el día de hoy de la existencia de *diversas acciones* con nombres diferentes, de *clasificación* de las acciones, de *prescripción* de las acciones, de las excepciones que demuestran la *falta de acción*, etc., en terminología que debe ser desterrada de plano para no entorpecer definitivamente la comprensión del fenómeno.

De ello surge claro que la acción procesal puede y debe funcionar –y de hecho funciona– con total independencia del derecho subjetivo material violado.

Cuando se acepta generalizadamente esta afirmación se produce el segundo hito en el camino doctrinal que estoy reseñando. Así,

b) ya no se dice más que el derecho de accionar nace de la violación de un derecho subjetivo material, pues esto origina en rigor una *pretensión* que puede permanecer –y ser satisfecha– en el puro plano de la realidad social. Sólo cuando ella pasa al plano jurídico del proceso, el movimiento respectivo recibe el nombre de *acción*.

Y ello genera notable descubrimiento: la acción procesal es un derecho *distinto* y, por ende, *autónomo* del derecho subjetivo material violado.

Así, se la considera como un derecho subjetivo pero de carácter público (comienza a intervenir el Estado en la formulación del concepto) pues es el que la sociedad reconoce a los particulares para obtener la tutela del derecho material violado, por medio de una sentencia favorable a la pretensión que la acompaña (más sencillamente, se trata de trasladar la pretensión vigente en el plano de la realidad social al plano jurídico del proceso). De ahí que se haya dicho que no es otra cosa que la pretensión (material) deducida en juicio.

De aquí en más la teoría se complica y tardará tiempo en avanzar hacia la lucidez total: en un primer momento se afirma que el derecho de acción corresponde concretamente a quien tiene de modo efectivo el derecho material violado o, más aún, la necesidad de la declaración judicial de un derecho.

Con ello se cae en nuevo y manifiesto error conceptual que ha perdurado en el tiempo: se mantiene vigente un íntimo e indestructible parentesco entre el

derecho material y el derecho autónomo de acción, toda vez que al ser éste *concreto* queda sin desvincularse idealmente de aquél y subsisten los mismos interrogantes que dieron vida al planteo del problema.

Frente a esta concepción nació, en un segundo momento, la teoría de la *acción abstracta,* según la cual el derecho de acción se acuerda a todo quien quiera dirigirse a un juez en demanda de una sentencia favorable a su pretensión, sin importar al efecto si está o no asistido del derecho material que invoca.

De tal modo, se otorga *autónomamente* (como derecho distinto del subjetivo material y no como un elemento de éste) y con total *abstracción* del fundamento fáctico y/o jurídico de la demanda.

De donde resulta que se puede demandar aun sabiendo el actor que carece de derecho; en otras palabras: quien carece de razón puede pedir al juez que declare si la tiene o no.

c) Un tercer hito en el camino de la tipificación conceptual del derecho de acción se cumple cuando se considera que el derecho autónomo y abstracto de obrar cuenta con directo respaldo constitucional, por estar comprendido genéricamente en el *derecho de petición* a la autoridad.

Un permanente trasfondo ideológico-político se advierte claro en el desarrollo de las distintas teorías esbozadas: se trata, simplemente, de otorgar primacía al individuo frente al Estado o a éste frente a aquél.

Y en este último sentido se apoya la teoría cumbre del derecho procesal, que ve a la acción como *un poder jurídico propio de la categoría de los derechos potestativos*: aquellos a los cuales no corresponde una prestación de otro, quien –sin embargo– sufre la influencia directa de una manifestación de voluntad ajena que lo afecta: por ejemplo, la revocación de una donación o de un mandato, etc.

De tal modo, mediante el ejercicio del derecho de acción por parte del actor (que ingresa al mundo del proceso por su propia voluntad), quien es demandado queda sujeto al proceso (actuación de la ley) aun contra su propia voluntad.

Pero esta teoría adolece de un defecto capital: sigue haciendo depender la existencia misma del derecho de acción de la violación de un derecho material, con lo cual se enrola en la de los sostenedores de la *acción concreta,* tesis que ya se ha visto como superada.

En la tarea doctrinal de explicar qué es la acción procesal, se han sostenido otras muchas variantes, que rápidamente enuncio:

- es un derecho justiciario de carácter material;
- es el instrumento jurídico para la solución de un litigio;

- es un poder de provocar la actividad de la sociedad jurídicamente organizada;
- es el derecho que corresponde a toda persona para provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado;
- es un deber jurídicamente necesario de ejercer por quien se pretende titular de un crédito;
- es un poder puramente político que debe ser sustituido como concepto por el de pretensión;
- es la facultad de señorío con la cual se inicia un proceso;
- es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención de la jurisdicción del Estado para la protección de una pretensión jurídica; etc., etc.

Si bien se mira esta sucinta reseña del pensamiento procesal, habrá que concluir que –aun cuando todas estas concepciones muestran positivamente una cierta razón desde la óptica en la cual se colocan los autores– ninguna de ellas logra mostrar a la acción como lo que *realmente es* y, mucho menos, cual un concepto único e inconfundible en el mundo jurídico.

Si se analizan adecuadamente las más completas de las definiciones que se han dado acerca de la acción, se verá que en rigor *no definen* sino que se limitan *a fotografiar* el fenómeno en un momento y desde un ángulo dado, con lo cual se detiene una imagen que, por ello, resulta exacta parcial pero no totalmente.

En la tesitura de explicar el problema a partir de la ley y no con prescindencia de ella, desde la óptica de la pura actividad cumplida, véase la vigencia de la afirmación recién hecha.

Si se dice, como lo hace la mayoría autoral, que *la acción es un derecho subjetivo, público y autónomo, mediante el cual se requiere la necesaria intervención del Estado para la protección de una pretensión jurídica o para lograr la tutela del derecho objetivo,* parece claro que el fenómeno descrito *está fotografiado y no definido.*

En efecto:

a) es cierto que la acción es un *derecho subjetivo* (pero no el único), de *carácter público* (pero no el único) y de *naturaleza autónoma* de otro derecho (pero no el único): el derecho de votar, por ejemplo, también es subjetivo, público y autónomo y nada tiene que ver con la acción procesal.

De tal modo, se emplean en la "definición" tres adjetivaciones que, por sí mismas, no definen inconfundiblemente el derecho de acción; para intentar lograr ello, habrá que continuar el análisis de la fórmula propuesta;

b) es cierto que mediante la acción se requiere la *intervención del Estado*; pero ello no es ni remotamente necesario: ya se ha visto que los litigios pueden autocomponerse y, aún más, heterocomponerse por la vía del arbitraje privado.

Y en el desarrollo de todo ello nada tiene que ver el Estado, lo cual hace que la definición tampoco muestre inconfundiblemente a la acción procesal;

c) es cierto que mediante la acción se intenta *lograr la protección de una pretensión jurídica* o de *obtener la tutela del derecho objetivo*; pero esto tampoco muestra inconfundiblemente el fenómeno, pues en la mayoría de los casos el derecho opera espontáneamente por consenso tácito de los coasociados quienes, además y llegado el caso, pueden autotutelarlos o autocomponer el conflicto por las vías conciliatorias que se muestran como resultado y como medio.

Insisto en lo ya dicho: si se analiza bien esta *definición*, nada ha sido definido en términos unívocos e inequívocos de inconfundibilidad total.

Esto muestra la razón de aplicar el método de observación de la actividad que se cumple todos los días en un orden social que no permite solucionar los conflictos de intereses mediante el uso de la fuerza individual, esencialmente ilegítima.

De ahí que insista en la formulación del concepto ya dado: la acción procesal es la única instancia que se presenta uniendo necesariamente a tres sujetos en una relación dinámica.

Y con esto se muestra un cercano parentesco con antigua teoría: se trata simplemente de trasladar la pretensión desde el plano de la realidad al plano jurídico, pues como consecuencia de su deducción se logrará de inmediato el objeto de formar un proceso.

Reitero la importancia del tema: por ser el de la acción un concepto *elemental* no es susceptible de *clasificación* alguna.

Y considerada jurídicamente la acción como un derecho autónomo de todo otro derecho, en una sociedad que *garantiza* su ejercicio en carácter de contrapartida de la prohibición de ejercer violencia por mano propia, resta ver quién, ante quién, por qué y para qué se insta por esta vía.

a) Los *sujetos* (quién y ante quién) de la instancia son todas las personas jurídicamente capaces que deseen instar y la autoridad que la recibe: en el ordenamiento constitucional argentino, sólo un juez perteneciente al Poder Judicial, un árbitro cuando se permite su actuación, y la Cámara de Senadores en el exclusivo caso del *juicio político* que puede instar la Cámara de Diputados. De modo similar operan también los *Juries* o Jurados de Enjuiciamiento para magistrados;

b) la *causa* (por qué) del ejercicio de la acción es el mantenimiento de la paz social mediante la erradicación de la fuerza ilegítima de la sociedad;

c) el *objeto* (para qué) del ejercicio de la acción es lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso que, eventualmente derivará hacia su propio objeto: la sentencia.

3. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA ACCIÓN PROCESAL

Son las condiciones *actuales* o *coincidentes con el momento del ejercicio* de la acción por parte del actor y que el juez debe valorar en su eficacia a fin de conceder o no su objeto: admitir la formación de un proceso.

Siempre muestran carácter *extrínseco* y son cuatro:

1) que el Estado permita que el interesado accione en orden a la pretensión que intenta demandar *(existencia de posibilidad de accionar);*

2) que hallándose permitido el accionar, la presentación de la instancia a la autoridad no esté sujeta por la ley a un plazo de caducidad ya cumplido *(caducidad del derecho de accionar);*

3) que quien insta sea jurídicamente capaz para hacerlo *(capacidad jurídica del actor);*

4) que la autoridad que recibe la instancia ostente la investidura necesaria para poder originar un proceso *(adecuada investidura de la autoridad).*

Explico ahora cada uno de ellos.

3.1. EL REQUISITO DE EXISTENCIA DE POSIBILIDAD DE ACCIONAR

Para que el ejercicio de la acción pueda lograr su objeto de obtener el desarrollo de un proceso que sea tal, debe efectuarse a base de una pretensión susceptible de ser procesada y sometida luego a la decisión de un tercero (juez o árbitro).

En general, queda comprendida en este concepto la absoluta mayoría de pretensiones que es factible de imaginar. Pero existen otras respecto de las cuales la ley no autoriza instancia alguna: ello ocurre esporádicamente cuando se presenta una colisión de distintos intereses jurídicos por cuya virtud el legislador debe privilegiar a uno en detrimento y sacrificio del otro.

Un ejemplo ayudará a comprender la idea: en su redacción originaria, el CC, 326 establecía que "la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada".

Adviértase bien que lo que se prohibía era *indagar* la maternidad; por tan-

to, la prohibición no alcanzaba sólo al juzgamiento sino, mucho más allá, a la investigación misma mediante el proceso. En otras palabras y reiterando: *no es que se prohibiera sentenciar; se prohibía procesar.*

En este ejemplo, y conforme a la ecuación de valores de la época, se sacrificaba la posibilidad que tenía todo hijo de obtener la filiación materna en aras de no causar escándalo familiar y social cuando tal filiación se atribuía a una mujer casada. Por eso es que se prohibía *accionar,* toda vez que la promoción de la respectiva instancia originaba un proceso en el cual se presentaba seguramente el escándalo que deseaba evitarse.

Cuando se incoaba una demanda en tales condiciones, el juez actuante debía negar liminarmente la posibilidad misma de accionar; por tanto, y obviando la formación del proceso, había de ordenar el inmediato archivo de la respectiva demanda. Como resultado de lo cual se observa que la "acción" no era tal, por no poder lograr de modo alguno la obtención de su objeto.

Otro ejemplo remite a la imposibilidad del Ministerio Público de instar a base de lo que el Código Penal llama "delito de instancia privada".

Por sus consecuencias, al ejemplo dado se equiparan otros tres supuestos susceptibles de presentarse en la actual vida forense:

- cuando resulta manifiesta la carencia total de *contenido jurídico* de la pretensión (basada exclusivamente en un interés moral, religioso, social, no protegido por el derecho);
- cuando surge evidentemente de la pretensión que ella no se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, por lo cual no existe litigio (ni conflicto) susceptible de ser resuelto (*caso abstracto*) y
- cuando la pretensión no puede sujetarse al conocimiento de los jueces por decisión de la ley, por vincularse con una cuestión de naturaleza política y no jurídica: ciertos *actos de gobierno* que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de estado de sitio, intervención federal a una provincia, declaración de guerra, fijación del valor de la moneda, etc.) (*caso no justiciable*).

Resulta así que si un particular acciona ante el juez pretendiendo en su demanda que, v.gr., se declare luego de un proceso la nulidad de la resolución que ordena la intervención federal a una provincia, el juzgador tiene el *deber de negar* liminarmente la propia instancia en razón de su contenido pretensional, que excede el marco de su autoridad.

De tal modo se originará un simple *procedimiento* entre dos sujetos (el actor y el juez que rechazará su posibilidad de accionar).

Por supuesto, si el juez actuante no rechaza liminarmente la acción por no advertir la carencia del derecho respectivo, podrá hacerlo luego en cualquier momento del procedimiento: así lo establecen ciertos códigos que desde antiguo denominan a este supuesto como *defecto absoluto en la potestad de juzgar* (art. 1).

De cualquier forma: si nadie advierte que todos los ejemplos presentados no constituyen casos justiciables y, a consecuencia de ellos, se decide la ilegal formación de un "proceso" (en rigor, procedimiento) y, por ende, se cita al demandado (bilateralizándose indebidamente la acción), éste podrá *siempre y en todo momento* deducir la excepción de *carencia de acción.*

En suma: con este presupuesto se intenta analizar si existe o no derecho de accionar en ciertos y determinados casos especificados en la ley; cuando ella no autoriza esta instancia en función de la pretensión que la acompaña, técnicamente *no hay posibilidad de accionar.* Por tanto, mediante su ejercicio *no habrá proceso.*

3.2. EL REQUISITO DE AUSENCIA DE CADUCIDAD DEL DERECHO DE ACCIONAR

Se ha visto recién que en algunas ocasiones y por virtud de ciertas conveniencias sociales, el Estado no permite instar, negando terminantemente el derecho de accionar. En otras, en cambio, autoriza el ejercicio de la instancia pero lo sujeta a un plazo breve a cuyo simple vencimiento la acción deja de ser admisible por haberse operado su *caducidad.*

Esta palabra es una más de las muchas que se usan de modo equívoco en el lenguaje jurídico: técnicamente significa pérdida *del derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejercerlo.*

Pero contenido similar ostenta la voz *prescripción* (liberatoria): como ello puede originar seria confusión respecto de lo aquí expuesto, creo conveniente detenerme para distinguir entre *prescripción* y *caducidad,* pues ambos vocablos indican la misma idea de fenecimiento o perecimiento.

El CC refiere de modo expreso a *la prescripción de las acciones,* estableciendo al efecto el plazo correspondiente a cada una de ellas (repárese en que la terminología usada por dicho código es anterior al descubrimiento de la autonomía del derecho de acción; por ello, el codificador es congruente con su época: ve en la acción sólo un elemento del derecho material violado) cuando, en rigor de verdad, *lo que prescribe es el derecho.*

Del mismo modo, la ley refiere a la *caducidad de los derechos* cuando lo que *caduca es la acción.*

Esas afirmaciones son fácilmente compartibles si se tiene presente que la prescripción no opera de modo automático: antes bien, requiere de *alegación expresa y tempestiva* del propio interesado (CC, 3962).

Además, el propio código citado prohibe terminantemente que el juez actuante en un proceso declare de oficio una prescripción evidentemente cumplida (CC, 3964).

Surge de esto que una "acción" (en rigor, un derecho) prescrita puede ser intentada en la realidad jurídica; que como el juez nada puede decir oficiosamente al respecto, debe originar un proceso; surge también que si el demandado no opone en tiempo útil la excepción de prescripción el juez debe sentenciar acogiendo la pretensión, si ella se acreditó de acuerdo con las reglas respectivas.

¿Puede decirse que *pereció el derecho de acción?* Si así es, ¿qué fue entonces lo que ocurrió durante todo el proceso? ¿Una simple ficción?

A la inversa: supóngase que incoada una "acción" prescrita el demandado opone tempestivamente la correspondiente excepción, que el juez acoge en su sentencia: ¿hubo real y efectiva actividad del actor (acción)?

Como la respuesta afirmativa es obvia, habrá que concluir que al ser rechazada la pretensión en la sentencia, el fundamento de ello radica en que ha fenecido el derecho (no la acción), que es lo que se niega al actor luego de toda la actividad de procesar.

Esta es la razón por la cual empleo la voz *caducidad* (y no *prescripción*) para denominar a este presupuesto.

Y es que ciertos supuestos específicamente detallados en la ley niegan no el derecho sino la posibilidad misma de accionar por el solo transcurso del tiempo.

Otros ejemplos de esto se encuentran en CC, antiguo texto del art. 254 ("Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta días contados desde que se tuvo conocimiento del parto") y 258. Los ejemplos pueden multiplicarse en las diversas legislaciones.

Ahondando las diferencias cabe afirmar que, en general,

- los plazos de caducidad son siempre harto breves (y prolongados los de la prescripción),
- se establecen por razones de orden público (en interés de los particulares los de la prescripción),
- y, especialmente en la esfera de los derechos de familia (la prescripción es extensiva a todos los derechos patrimoniales);
- por tanto, son irrenunciables (son renunciables los plazos prescriptivos)
- y no pueden ser objeto de suspensión (sí pueden serlo los de prescripción).

- Además, el comienzo de un plazo de caducidad es casi siempre incierto pues nace de un hecho *eventual:* en el ejemplo del antiguo art. 254, a partir de la *toma de conocimiento del parto*, no desde la fecha de éste.

Al igual que en el tema anterior, se trataba aquí de privilegiar un derecho (en el caso, el de la legitimidad del hijo) con sacrificio de otro (el del padre que desconocía el carácter matrimonial del hijo): pero aquí no se negaba el derecho de acción (el caso no era tan grave como el contemplado en CC, 326 *supra* citado) sino que se lo limitaba temporalmente (vencido el plazo legal se perdía el derecho de accionar).

El presupuesto de marras, entonces, indica que la acción –para obtener del juez un proceso– no debe haber caducado por el simple transcurso del tiempo (en los casos en los cuales la ley condiciona su ejercicio).

Para ver cómo opera todo esto en el plano jurídico, imagínese que –en el supuesto de CC, 254 ya citado– el padre demandaba contra su hijo a los noventa días de acaecido el parto. Inicialmente, el juez no debía admitir la demanda pues *prima facie* había transcurrido con exceso el plazo de 60 días, sin perjuicio de abrir un *procedimiento* (no un proceso) para que dicho padre pudiera demostrar en él la fecha en la cual tomó conocimiento del parto (piénsese en un marino ausente que llegaba al país luego de ocurrido aquél): de allí surgiría si el derecho había caducado (en cuyo caso se archivaba el procedimiento cumplido) o no (en este supuesto se originaba el proceso bilateralizándose la instancia).

El problema de interpretación que el tema presenta a todo jurista radica en que la ley no utiliza con puridad los términos caducidad y prescripción, haciendo fungir indebidamente uno con otro.

De allí que en cada caso habrá que determinar la esencia verdadera del instituto utilizado por el legislador para aplicar o no este presupuesto.

Puede ocurrir, por fin, que el juez actuante no advierta oportunamente la caducidad del derecho de acción: podrá declararlo así en cualquier momento.

Más aún: si nadie advierte dicha caducidad y se origina el proceso, el demandado podrá alegar en todo tiempo la excepción de *caducidad de la acción*.

3.3. EL REQUISITO DE CAPACIDAD JURÍDICA DEL ACTOR

Se dice habitualmente que el problema de la *capacidad* no es particular de una rama del derecho sino que pertenece a la teoría general de la ciencia jurídica.

Si bien tal afirmación parece inicialmente exacta, deja de serlo a poco que se advierta que la genérica capacidad civil se halla notoriamente *aumentada* en

el campo del proceso, toda vez que en él pueden actuar como *partes* todos los *incapaces civiles* e, inclusive, *entes que no son personas.*

Para mejor comprender esta idea, debe tenerse presente que pueden ser partes procesales *todas las personas* (gente o ente) en tanto sean susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Surge de ello que, aunque conforme con la ley civil carezcan de absoluta capacidad civil las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, pueden ser *partes del proceso* (aunque, claro está, deban actuar por medio de sus representantes legales) y, por tanto, accionar.

Algo similar ocurre con las *simples asociaciones civiles o religiosas* (que no tienen existencia legal como personas jurídicas, por carecer de autorización de la ley o del gobierno) y con ciertos *patrimonios autónomos* que, sin ser personas ni constituir simples asociaciones civiles (no son sujetos de derecho en el campo del derecho sustancial), son considerados como entes unitarios a efectos de poder participar en un proceso (la masa del concurso, que actúa en juicio por medio del síndico; la herencia vacante, que lo hace por medio del curador; los comités de beneficencia o promotores de obras públicas, monumentos, muestras, exposiciones, festejos, etc.).

De acuerdo con esta explicación, parece obvio que el presupuesto juega negativamente, pues sólo los muertos (personas físicas fallecidas y personas jurídicas extinguidas) carecen de esta capacidad.

El problema resulta claro cuando se trata de persona jurídica extinguida: no puede accionar y la persona física que eventualmente intente hacerlo logrará abrir el proceso sólo en su propio nombre. Pero parece absurdo imaginar igual hipótesis respecto de persona física: nadie piensa en un muerto iniciando el proceso.

Sin embargo, debe tenerse presente que *acción es actividad* y que ella no se concreta a la iniciación del proceso sino que se despliega durante todo su curso, tanto por el actor como por el demandado.

De ahí que sea factible imaginar a una parte que fallece durante el curso del proceso: a partir de ese momento el proceso dejará de ser tal a menos que se instrumente el medio adecuado para integrarlo (por ejemplo, con los sucesores universales) (art. 597).

La ausencia del presupuesto de marras se pone siempre de manifiesto mediante la excepción de *falta de capacidad jurídica,* proponible –como todas las relativas a la acción– en cualquier momento y suplible por el juez.

3.4. EL REQUISITO DE ADECUADA INVESTIDURA DE LA AUTORIDAD

El último presupuesto de la acción exige que la persona que recibe el instar deba tener una calidad funcional suficiente para poder generar un proceso.

Caso contrario, quien insta obtendrá la promoción de un simple procedimiento que no logrará adquirir la jerarquía (y los efectos) del proceso.

En nuestro derecho poseen esa investidura: *todos los jueces* que integran el Poder Judicial; los *árbitros* designados en cláusula compromisoria o en compromiso arbitral; y el *Senado de la Nación* en el exclusivo caso *de juicio político* previsto por la CN para ciertos funcionarios.

Equiparados a este último se hallan los *Jurados* (o *Juries*) *de enjuiciamiento* a magistrados judiciales, que han venido a suplantar al juicio político en algunas constituciones.

> En SFE rige la Ley de Enjuiciamiento de Magistrados, Lp 7050, reformada por Lp 12949.
>
> Los textos normativos pueden consultarse en: http://www.santa-fe.gov.ar/gbrn/sin/index.php

En un sistema jurídico de cogobierno, con absoluta separación de funciones y recíproco intercontrol de poderes, resulta inaceptable la ampliación de esta nómina. En este sentido, es lapidaria y definitiva la terminante prohibición contenida en CN, 109 ("En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas").

Obviamente, la prohibición alcanza a todos los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo: por eso es que ni racional ni constitucionalmente se concibe la idea de un *"proceso" administrativo.*

Así presentado, este presupuesto configura una condición de tipo académico, pues no puede dejar de ser cumplida toda vez que se presente una demanda en sede judicial o arbitral.

Sin embargo, tiene capital importancia porque opera negativamente: no importa ejercicio de la acción procesal –y, de consiguiente, no genera un proceso– lo que sirve para instar ante un órgano de la Administración.

De tal forma, lo allí actuado será petición, reacertamiento, queja o denuncia, pero no acción procesal. Por lo cual, al no haber proceso, no se lograrán los efectos que le son propios: *ejecutoria* y el fenómeno del *caso juzgado.*

En el orden penal, y dentro de un régimen acusatorio puro –que configura el *debido proceso* constitucional– todos estos presupuestos son susceptibles de existir en un régimen jurídico particular.

Una salvedad se impone: en nuestro derecho, la acción procesal recibe el nombre de *querella* cuando la efectúa un particular con un contenido pretensional de carácter exclusivamente punitivo. Por eso es que no se ha incluido a la querella como una instancia diferente de las otras, cosa que puede hacerse en algunos regímenes jurídicos.

Cuando se insta por medio de ella, el juez penal –al igual que el juez de lo civil– debe efectuar un juicio de admisibilidad antes de bilateralizar la instancia; y en tal juicio analizará la eventual justiciabilidad del caso presentado a su conocimiento.

4. EL CONCEPTO DE *REACCIÓN PROCESAL*

Ya se ha dicho que, al definir a la acción procesal (partiendo desde la actividad que se cumple en el plano jurídico) como una particular instancia que es *necesariamente bilateral,* ocurre que el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: *ambas instan bilateralmente,* de modo que la afirmación del actor, por ejemplo, debe ser conocida por el demandado a efecto de que pueda controvertirla, al igual que la eventual afirmación del demandado (ya se verá que esto es en esencia su actividad de *excepcionar*) debe ser conocida por el actor a fin de que pueda discutirla, etc.

De allí que ambas actividades –la del actor y la del demandado– se diferencien sólo por el tiempo *sucesivo* en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra.

Por eso es que, reflejando esa circunstancia, la más moderna concepción del tema lo menciona utilizando los vocablos *acción* y *reacción* (en idioma castellano significa "acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella").

Pero la definición castiza no revela de modo exacto lo que técnicamente ocurre en el plano procesal, ya que por razones obvias el demandado no está obligado *siempre* a contradecir: ya se verá en el número siguiente cuáles son las posibles actitudes que puede adoptar una vez incoado el proceso.

4.1. LA REACCIÓN DEL DEMANDADO CIVIL

Ya expliqué anteriormente que el proceso comienza con una fase de necesaria *afirmación:* exteriorizando el ejercicio de la *acción,* el actor presenta ante la autoridad (juez o árbitro) una *demanda* conteniendo una *pretensión* respecto del demandado.

La fase siguiente está concebida como de *eventual negación* y, como tal, es apta para que el demandado *resista* dicha pretensión, oponiéndose a ella.

Destaco que la fase es de carácter *eventual* pues, al momento de poder hacerlo, es factible que el demandado no oponga resistencia sino que, por lo contrario, acepte someterse a la voluntad del actor.

Del mismo modo, puede suceder que el demandado se desinterese por completo del debate, aun sabiendo que corre el riesgo de ser condenado en la sentencia.

Por último, es factible de acaecer que el demandado utilice el mismo procedimiento ya incoado por el actor para hacer valer en él una propia pretensión (*reconvención*).

Resulta así que, siempre desde la óptica de la actividad (o inactividad) que se cumple en el proceso, el demandado puede adoptar alguna de cuatro posibles actitudes: de *abstención,* de *sumisión,* de *oposición* y de *reconvención.* Las veremos separadamente a continuación.

4.1.1. LA ABSTENCIÓN DEL DEMANDADO

Puede suceder que el demandado no concurra al proceso, porque no ha conocido su iniciación o, más sencillamente, porque no le interesa sostener la discusión propuesta por el actor.

Puede ocurrir también que, luego de concurrir al proceso cuando el juez lo cita a *comparecer* ante él, guarde silencio en la *fase de negación,* durante la cual debe expresarse so pena de surgir algún efecto contrario a su posición en el litigio (las consecuencias de este supuesto son similares a las del anterior).

De ahí que las leyes procesales, al regular los efectos de la *inactividad* de alguna de las partes, deban establecer cuál es el valor del *silencio* en el campo del proceso.

En el derecho privado, generalmente, rige norma similar a la contenida en el CC, 919 ("El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, *sino en los casos en que haya una obligación de explicarse* por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes"). Ejemplos claros de ello los da el propio codificador en la nota respectiva: "Cuando una mujer separada de su marido le denuncia su embarazo, el silencio de éste es una confesión de paternidad; cuando los trabajos efectuados sobre un terreno exponen al vecino a un perjuicio resultante de las

aguas pluviales, y éste los ve sin reclamar, se juzga que consiente tácitamente en sufrir el perjuicio; cuando un hijo menor, estando presente su padre, asegura a su futura esposa que tiene el consentimiento de su padre para contraer matrimonio, y éste se calla, su silencio se reputa como un consentimiento prestado; *cuando se guarda silencio a las interrogaciones de los jueces, el silencio se tiene por confesión del hecho sobre que se pregunta".*

En el campo procesal debe suceder otro tanto, precisamente porque allí es donde *interrogan los jueces.*

Más adelante se verá que, en la tarea de procesar, el juez se concreta a *conectar* las instancias de las partes, a cuyo efecto les genera *cargas* cuyo incumplimiento debe revertir necesariamente en contra del interés del incumpliente.

En este sentido –el de *carga*– es que tiene que ser comprendido el vocablo *obligación* utilizado en la norma recién mencionada.

Por tanto, el guardar silencio cuando el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (fase de negación), es obvio que debe producir algún efecto contrario al interés de éste porque, caso contrario, el proceso sería absolutamente inútil como medio de debate.

Los códigos más modernos legislan que, en tal supuesto, el demandado acepta implícitamente la existencia y exactitud de los *hechos* afirmados por el actor, a consecuencia de lo cual éste queda automáticamente relevado de confirmarlos (art. 143). En otras palabras: el silencio genera *una presunción* establecida por la ley, que siempre es de carácter *relativo* y, por ende, admite prueba en contrario por parte del demandado.

Esta posición –que otorga papel relevante al silencio– es congruente con el concepto de *proceso* como *método de diálogo.* Y es que toda conversación está siempre plagada de silencios, al igual que la música, pues a veces un determinado silencio dice mucho más que cualquier afirmación.

Adviértase que la aceptación refiere sólo a los *hechos*, nunca al *derecho,* toda vez que éste debe ser aplicado por el juez con prescindencia de la voluntad de las partes, salvo cuando se trata de litigio sobre derechos transigibles.

Reitero: los métodos pueden ser varios y contingentes; de ahí que sea imprescindible legislar un exacto valor del silencio en un proceso que se desarrolle conforme con un verdadero sistema, más allá de lo que puedan decir al respecto las eventuales leyes que rigen actualmente el problema.

Pero debe quedar en claro que si un cuerpo legal no le otorga efectos estrictamente determinados, el método así consagrado es indudablemente ineficaz.

Y ello por razón elemental: si en los términos generalizados de las leyes sólo deben ser materia de confirmación los *hechos controvertidos* o *contradichos* (es decir, los afirmados en la demanda y negados en la contestación) resulta que si el demandado se abstiene –no responde– y su silencio carece de efectos adversos a su propio interés, *el actor deberá confirmar todo lo que afirmó.*

Esto es lo que sucede en algunos códigos (cual el CPCN, 356, 1°) que establece que en caso de falta de contestación a la demanda por parte del demandado, *el juez podrá tenerlo* –al momento de sentenciar– *por conforme con las cuestiones de hecho debatidas.* Con lo cual el silente se coloca procesalmente en mejor situación que el que acató el cumplimiento de la carga de responder toda vez que, por el temor de que en oportunidad de dictar sentencia el juez entienda que algo debió ser confirmado y no lo fue, el actor termine perdiendo el pleito que litiga contra nadie.

4.1.2. LA SUMISIÓN DEL DEMANDADO

Puede suceder también que, incoado un proceso, el demandado decida someterse a la pretensión del actor, cumpliendo la prestación reclamada por éste en la demanda.

Esta actitud implica no oponer resistencia alguna en el litigio, aunque cabe suponer que ella existió en el plano de la realidad pues de otra forma no puede ser explicada la existencia del conflicto.

De ahí que el proceso en el cual esto ocurre debe terminar de inmediato, *toda vez que nada hay para discutir en lo que sólo es un medio de debate.* Se llega así a una de las soluciones *autocompositivas* estudiadas con anterioridad.

Sin embargo, algunas legislaciones (art. 230) no exigen la efectiva dación de la prestación reclamada sino que se contentan con pedir del demandado la mera expresión o promesa de su sumisión. Cuando esto ocurre es menester llegar, sin más trámites, a la emisión de la sentencia por el juzgador. Resulta así que, en las leyes que esto consagran, el proceso termina realmente por la vía heterocompositiva de la sentencia.

Procesalmente, la sumisión del demandado se designa con la denominación de *allanamiento* que, como tal, es realizable en cualquier momento del proceso. Pero para que éste pueda operar es menester que la relación jurídica litigiosa verse acerca de un derecho que sea *disponible* (transigible) para las partes.

De ahí que no pueda aceptarse judicialmente –y por ende, carezca de todo efecto– el allanamiento recaído respecto de pretensión fundada en derecho indisponible. Por ejemplo, si el actor pretende la declaración de nulidad de un ma-

trimonio, poco importa que el cónyuge demandado se allane o no, pues siempre deberá el actor acreditar ante el juez los hechos que fundamentan la pretensión.

Como en cualquier sistema la actitud de sumisión importa la voluntad de no litigar, las leyes procesales en general la estimulan mediante una suerte de compensación que premia el espontáneo aquietamiento de las pasiones.

Y así, cuando el allanamiento es *oportuno* (debe presentarse sólo en la fase de la negación, al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda), *real* (debe surgir inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar), *incondicionado* (debe ser puro y simple, no formulado subsidiariamente o con reservas o condiciones) y *total* (debe comprender la totalidad de la pretensión actora), el demandado se exime de cargar con el pago de las costas devengadas en el proceso (art. 251, 1°).

Sin que medie allanamiento puede ocurrir, finalmente, que el demandado admita los hechos invocados por el actor (pero no el derecho) o, a la inversa, admita el derecho pero no los hechos: esto se conoce con las denominaciones respectivas de *confesión* y de *reconocimiento*.

4.1.3. LA OPOSICIÓN DEL DEMANDADO

Puede suceder también que el demandado oponga una *resistencia* a la pretensión demandada, oponiéndose en el proceso a aceptarla.

Esto es lo que origina el desarrollo de toda la serie procedimental y, de no mediar una solución autocompositiva durante su curso, desembocará en la sentencia que resolverá el litigio.

La oposición debe operar en la fase de negación del proceso y puede presentarse de dos maneras:

1) contradiciendo los argumentos fundantes de la pretensión, mediante la simple *negativa* acerca de la existencia del hecho constitutivo de la obligación cuya prestación pretende el actor o del derecho en la cual la fundamenta (esto es la *contestación de demanda)* y

2) mediante la *afirmación de un hecho* extintivo, impeditivo, invalidativo o convalidativo (oportunamente se explicará todo ello del hecho constitutivo o invalidativo invocado por el actor en su demanda (esto es la *oposición de excepciones).*

Un ejemplo ayudará a comprender la distinción: si Juan demanda a Pedro pretendiendo cobrar una suma de dinero que dice que le prestó y no le devolvió, Pedro puede oponerse a la pretensión diciendo simplemente a Juan que *no le debe* (contradiciendo) o, también, que *ya le pagó* (excepcionando).

En el lenguaje corriente ambas respuestas parecen tener idéntico significado: Pedro no se considera deudor. Sin embargo, en el tecnicismo procesal existe enorme diferencia entre ellas: decir que *no se debe* implica negar la existencia misma del hecho constitutivo de la obligación (a consecuencia de lo cual y conforme con las reglas que gobiernan el diálogo procesal, Juan tendrá que *confirmar* su afirmación inicial, negada por Pedro; y si no logra efectuarla, perderá el litigio. Como se ve, nada tiene que hacer Pedro luego de emitir su simple negativa); por lo contrario, decir que *ya se pagó* significa cosa diferente: que en algún momento se debió pero que se canceló la obligación por medio del pago (a consecuencia de lo cual, y conforme con las mismas reglas ya citadas, nada tendrá que confirmar Juan toda vez que el hecho constitutivo de la obligación demandada fue aceptado implícitamente por Pedro; en cambio, éste tendrá que acreditar el hecho del pago y, si no lo hace, perderá el pleito).

Esta diferencia en la actividad que puede cumplir el demandado al contradecir la pretensión del actor, permite dividir el tema para estudiarlo desde una doble óptica: *contradicción* y *excepción.*

Ambas actitudes deben ser adoptadas en la *contestación de la demanda* que, como acto inicial de la fase procesal de negación, tiene *presupuestos* propios que explicaré *infra.*

4.1.3.1. LA CONTRADICCIÓN DEL DEMANDADO

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando resistencia a acatar la pretensión del actor, se limita a negar la existencia de su fundamento fáctico o de su encuadre jurídico.

Debe efectuarse necesariamente en lo que he llamado fase procesal de *negación* que se abre, por un plazo siempre determinado en la ley, luego de que el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (confiriéndole *traslado de la demanda*).

4.1.3.2. LA EXCEPCIÓN DEL DEMANDADO

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando al igual que antes una resistencia a acatar la pretensión del actor, afirma en su contestación la existencia de un hecho de carácter *extintivo* o *invalidativo* o *convalidativo* respecto del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda o *impeditivo* de la formación o continuación de la serie procesal.

Esta conceptuación halla su base, como el resto de la explicación dada en esta obra, en la actividad que realmente cumple el demandado en el proceso.

Doctrinalmente, se ha dado al vocablo *excepción* un significado aun mayor, al designar con él al *derecho de contradecir del demandado*, hablándose así de *acción* y *excepción* como formas específicas del derecho de petición a la autoridad que está consagrado en todas las constituciones modernas. En otras palabras, se le da al término *excepción* el significado de *derecho de réplica* al contenido de la acción.

Desde la óptica jurídica –y no de la actividad cumplida– la doctrina autoral clasifica a las excepciones desde diversos ángulos diferentes:

1) según su origen, en *materiales* (tienen su origen en la legislación de fondo) y *procesales* (lo hallan en la propia legislación procesal);

2) según sus efectos, en *perentorias* (o perpetuas): constituyen defensas contra el derecho alegado por el actor, *dilatorias* (o temporales): son defensas que versan sobre el proceso y no sobre el derecho que fundamenta la pretensión y *mixtas*: son aquellas que operan procedimentalmente en modo similar a las dilatorias pero que provocan, en caso de ser acogidas, los efectos propios de las perentorias.

A su turno, las dilatorias (y, a veces, las mixtas) se relacionan con lo que la doctrina denomina *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, a su vez íntimamente emparentadas con los *presupuestos procesales*.

Personalmente –y no desde la óptica que parte del texto legal o de los efectos que producen las defensas esgrimidas, sino de la actividad que real y efectivamente cumple el demandado en el proceso– creo que a los fines sistémicos y docentes propios de esta exposición corresponde distinguir entre los posibles *objetos* de las respectivas excepciones (consagradas o no en las leyes procesales).

Y así, partiendo siempre de la alegación por el demandado de un hecho impeditivo, extintivo o invalidativo del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda, clasificaré las distintas excepciones según que:

1) ataquen a la acción, con el objeto de lograr su *extinción* o su *paralización* temporal;

2) ataquen a la pretensión, con el objeto de que ella sea desestimada en la sentencia;

3) ataquen a la oportunidad en la cual el juez debe sentenciar con el objeto de evitar la creación de caos jurídico.

En la Lección 18 desarrollaré todo el tema relativo a las excepciones, en oportunidad de referir qué puede hacer el demandado cuando se le genera la carga de contestar la demanda.

4.2. LA REACCIÓN DEL REO PENAL

Por obvias razones derivadas del interés jurídico tutelado por la ley penal y de la naturaleza sancionatoria de sus normas, así como de expresos derechos fundamentales acordados en todas las constituciones modernas a quien se halle imputado por la comisión de un delito (reo), su reacción en el respectivo proceso no debe ni puede ser similar a la del demandado civil.

Por lo pronto, y como lo reiteraré como requisito específico de esta reacción, para la generalidad de las leyes y de los autores no cabe aceptar razonablemente la posibilidad de un procesamiento *en ausencia del imputado* ni, mucho menos, la de un juzgamiento que puede derivar a una sentencia de condena.

En esta tónica, si el reo no comparece ante la citación judicial, habrá de ordenarse su detención y hasta tanto no sea habida, el juicio quedará suspendido.

De ahí que no quepa hablar en el caso de una *actitud de abstención* como en el juicio civil, al cual el demandado comparece sólo *voluntariamente*, sabiendo que el incumplimiento de la carga respectiva y su silencio pueden generar efectos contrarios a su interés.

Inversamente, el silencio del imputado carece de todo efecto en el procesamiento penal: según cláusula constitucional de vigencia universal, *nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo.*

Tampoco cabe hablar de una *actitud de sumisión* pues resulta inaceptable que el juzgamiento del reo se efectúe sobre la exclusiva base del reconocimiento de la imputación.

Tanto es así que la moderna doctrina procesal acepta que la confesión del imputado es un *medio de defensa* y no de *confirmación de los hechos* (con lo cual se evita que un sujeto –un padre, por ejemplo– asuma la responsabilidad penal de otro –un hijo, por ejemplo–).

Obviamente, la *actitud de oposición* aparece automáticamente de modo pleno con la *simple negativa* y aun con el *silencio* del imputado.

A su turno, la *excepción* puede ser configurada en forma similar a la ya descrita respecto del campo civil: el imputado afirma la existencia de un hecho que es extintivo o invalidativo de la acción o de la pretensión punitiva o impeditivo de la formación útil del proceso. Cuando se presenta esta actitud resulta obvia la carga de confirmar los hechos fundantes de ella; empero, nótese bien, la ausencia confirmatoria en el caso no genera presunción de autoría sino, a lo sumo, de no existencia del hecho propio de la excepción.

Pero aún más: la peculiar naturaleza de los intereses en juego hace que, ya condenado por sentencia firme, el reo todavía pueda excepcionar afirmando

ahora la existencia de un hecho extintivo de la pena impuesta, además de tener abierta en muchos ordenamientos la posibilidad de interponer un *recurso de revisión.*

5. LOS REQUISITOS GENERALES PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA REACCIÓN PROCESAL

Explicaré ahora el tema en orden a los diferentes enjuiciamientos: civil y penal.

5.1. EL REQUISITO GENERAL PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA REACCION DEL DEMANDADO CIVIL

Habida cuenta de la exacta similitud que existe en la esencia misma de las actividades de accionar y de reaccionar procesalmente, tal como ya han sido presentadas en esta Lección y, además, la diferencia exclusivamente temporal que muestran ambas, parece obvio que el único requisito de la reacción debe ser la *capacidad jurídica del demandado.*

A lo ya explicado acerca del mismo tema relativo a la acción procesal, corresponde agregar ahora que cuando la demanda se dirige contra una persona fallecida o cuando el ya demandado fallece durante el curso de la serie procedimental, queda obviamente impedida la formación válida del proceso por falta de capacidad jurídica de aquél.

Para descartar el problema y lograr un proceso útil en el cual exista un adecuado contradictorio, corresponde citar a los herederos del causante para que ellos tomen su participación en el proceso.

La generalidad de las leyes que adoptan expresamente esta solución prevén que la citación debe ser efectuada mediante *edictos*; además, establecen que si los interesados no comparecen cabe la designación de un *curador* que habitualmente cumple una doble función: la de *curador ad hoc de la herencia* y la de *defensor de los herederos rebeldes,* carácter en el cual actúa durante el curso faltante de la serie procedimental (art. 597).

5.2. LOS REQUISITOS GENERALES PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA REACCION DEL REO PENAL

Aunque la lógica indica que no puede decirse en este punto lo mismo que se adelantó precedentemente respecto de que quien ejerce la reacción debe ser una persona con capacidad jurídica al efecto, lo incluyo deliberadamente en este tópico como requisito específico de la reacción del reo penal al sólo efecto de

eliminar todo posible regreso al ignominioso pasado medieval, en el cual la Inquisición procesaba, juzgaba y ejecutaba a muertos y a animales.

Pero además y sin perjuicio de ello, creo que es requisito específico de la reacción penal el que la acción con pretensión punitiva se haga valer ante el propio reo en persona y no en su ausencia. Con ello descarto la posibilidad de juzgar penalmente en rebeldía.

Sé que esta afirmación es opinable y que existe muy seria doctrina que rebate inteligentemente esta posibilidad. Creo que el tema merece ser reflexionado y que ya es tiempo oportuno para hacer todo un replanteo respecto de su vigencia.

Mientras tanto ello no se discuta, ratifico la opinión vertida *supra* pues creo que aun cuando contingentemente en un tiempo y lugar dados pueda ser conveniente para el reo en virtud de una normativa que así lo establezca, el problema es político y no jurídico. Y la historia muestra hasta el hartazgo cuán grande es el peligro de permitir la persecución penal en ausencia y rebeldía, ya dejada de lado gracias a una gran conquista de la civilidad.

6. LA LLAMADA *ACCIÓN PENAL*

A partir del concepto unitario y elemental de la acción procesal considerada como instancia necesariamente bilateral, no puede insistirse ni doctrinal ni legislativamente en la existencia de una *acción penal* diferente de otras *acciones:* ya se ha visto que el concepto es insusceptible de toda suerte de clasificación.

LECCIÓN 5

LA PRETENSIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. Concepto de *pretensión procesal*
2. Clasificación de las pretensiones procesales
   2.1. Declarativas de derechos
      2.1.1. Simplemente declarativas
      2.1.2. De condena
      2.1.3. Constitutivas
   2.2. Ejecutivas
   2.3. Cautelares
   2.4. Coexistentes
3. Elementos de la pretensión procesal
4. Comparación de pretensiones procesales y sus efectos
   4.1. Indiferencia o independencia
   4.2. Identidad
   4.3. Conexidad simple
      4.3.1. Simple subjetiva
      4.3.2. Simple objetiva
      4.3.3. Simple causal
      4.3.4. Mixta objetivo-causal
      4.3.5. Mixta subjetivo-causal
   4.4. Afinidad

1. EL CONCEPTO DE *PRETENSIÓN PROCESAL*

Al igual que algunos de los conceptos anteriormente presentados, el de *pretensión* ha generado una evolución doctrinal plagada de ideas y puntos de vista antagónicos, demasiado extensos para enumerar en esta obra, y que –sin intentar rebatir– van desde considerarla como un *acto* hasta ver en ella el *objeto del proceso.*

Desde la óptica que mira hacia la actividad que se cumple en la vida jurídica, parece claro que la pretensión es una *declaración de voluntad hecha en el plano*

de la realidad social mediante la cual se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena (devuélveme lo que te presté, págame lo que me debes); la insatisfacción de la pretensión, por la aparición contemporánea de una resistencia a ella, es lo que origina el conflicto intersubjetivo de intereses.

El traslado de esa *pretensión* al plano jurídico del proceso (único supuesto que interesa ahora) se efectúa mediante el ejercicio del derecho autónomo y abstracto de *acción* que, no obstante tales calificaciones, no puede ser materialmente ejercido sin estar acompañado de modo ineludible por aquélla.

A su turno, tal ejercicio del derecho de acción se efectúa exclusivamente mediante la presentación a la autoridad de un documento: la *demanda.*

De tal modo, los conceptos de *acción, pretensión* y *demanda* son idealmente correlativos y se apoyan en forma recíproca para explicar el fenómeno, que no puede ser entendido de modo integral sino con la conjunción de tales conceptos: adviértase que la *demanda* consiste materialmente en un documento cuya presentación al juez (o al árbitro) exterioriza el ejercicio de la *acción* (instar a la autoridad) y que resulta ser el continente de un contenido necesario: la *pretensión.*

Ya se ha visto que, a los efectos de accionar, no importa que el conflicto exista o no en el plano de la realidad: *basta que se afirme su existencia* (regla básica de procesamiento: la demanda *debe* afirmar la existencia del conflicto; caso contrario la pretensión se muestra *abstracta* y ello impide la obtención de un proceso). Este fenómeno recibe la denominación de *litigio.*

Para hacer más sencilla la idea y posibilitar la recíproca correlación de conceptos: imagínese a alguien que, en la calle, nos tiende su mano con la palma extendida hacia arriba: nadie podrá ignorar que éste es el símbolo universal del pedir. ¿Pero, qué pide? ¿Pan? ¿Dinero?

En razón de que la actitud de pedir no puede ser vista sino con relación al objeto que se pide (no es racionalmente imaginable la situación de *pedir nada*), es que la acción (el simple hecho de instar) no puede escindirse de la pretensión (la cosa concreta respecto de la cual se insta).

Por tanto, *pretensión procesal* es la declaración de voluntad hecha en una *demanda* (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita –después de un proceso– una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento.

No creo que en la formulación del concepto deba incluirse necesariamente la exigencia de *tutela jurídica,* pues ello está implícito en la aspiración de resolución del litigio; y tampoco que deba afirmarse imprescindiblemente la *efectiva*

vigencia de una norma respecto de dicho litigio, pues el juez ha de decidir incluso en caso de ausencia de ella, interpretando o integrando al efecto el orden jurídico.

Tanta importancia tiene este concepto en el derecho procesal, que es en concreta función de él que el legislador norma la cadena procedimental.

Así es como existe un procedimiento *ordinario* (como plena garantía de total discusión) frente a otro *sumario* (más breve que el anterior, con merma de plazos, medios de confirmación, impugnaciones, etc.).

Similarmente, a partir del concepto de pretensión es que se determina la *competencia* y el número de grados de conocimiento judicial, etc., pues la *pretensión* es el motivo de la *controversia* y ésta el *tema* sobre el cual ha de versar necesariamente la *sentencia.*

2. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES PROCESALES

Si se intenta efectuar una clasificación de las posibles pretensiones –en orden a lo que materialmente se pide al juez que declare en su sentencia– los criterios clasificatorios pueden ser muchísimos e inciertos: así es como se habla de pretensiones *personalísimas* y *patrimoniales, reales* y *personales, civiles* y *penales,* etc.

En rigor, la doctrina generalizada llama indebidamente a esto *acciones* personalísimas, *acciones* patrimoniales, *acciones* reales, etc., sin advertir que al ser unitario y elemental el concepto de acción procesal, no es susceptible de clasificación alguna.

Pero si el criterio clasificador parte del método seguido en esta obra y, de consiguiente, tiene exclusivamente en cuenta la *esencia de la tarea* que debe cumplir el juzgador al sentenciar, las pretensiones (al igual que los procesos y las sentencias, todo en recíproca correspondencia) pueden ser: declarativas de derechos, ejecutivas de prestaciones y cautelares de hechos y de derechos.

2.1. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS DE DERECHOS

En general, son aquellas mediante las cuales se intenta obtener la declaración o la determinación del derecho a aplicar en un litigio a base de los hechos que lo configuran. Ellas admiten una triple clasificación:

2.1.1. LAS PRETENSIONES SIMPLEMENTE DECLARATIVAS O DE MERA DECLARACIÓN

Son aquellas mediante las cuales se intenta –exclusivamente– lograr del juez la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, satisfacien-

do ello integralmente el interés del pretendiente (por ejemplo, la que tiende a establecer la falsedad de un documento o la inexistencia de una obligación, etc.).

La característica primordial de este tipo de pretensión es que puede basarse en un litigio *eventual* (por daño potencial) y no *actual* o *real,* aunque exige la presencia de un interés jurídico *actual* para poder ser promovida con eficiencia (utilidad).

Sólo los códigos más modernos admiten la promoción de estas pretensiones *mere declarativas,* que han sido reconocidas por la doctrina como la *quinta esencia* de la actividad jurisdiccional (art. 1).

2.1.2. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CONDENA

Son aquellas mediante las cuales se intenta obtener no sólo la declaración de la existencia de un derecho sino que también incluyen la aspiración de que el juzgador emita un mandato individualizado de condena a dar, hacer o no hacer una prestación (por ejemplo, la que tiende a lograr el pago del precio de la cosa comprada y no abonada, o que el demandado construya o no una pared, etc.).

Este tipo de pretensión es la que se presenta en mayor proporción en la vida jurídica y es habitual referir a ellas toda suerte de explicación acerca del fenómeno procesal.

2.1.3. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CONSTITUCIÓN (PRETENSIONES CONSTITUTIVAS)

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr no sólo la declaración de la existencia de un derecho sino que también incluyen la aspiración de que, como consecuencia de ella, se cree, modifique o extinga un estado jurídico. Por ejemplo, la declaración de divorcio de los cónyuges constituye el estado jurídico de *divorciado* para cada uno de ellos, o la declaración de existencia de un hecho ilícito constituye un *acreedor* y un *deudor* por los daños ocasionados a su consecuencia, etc.

2.2. LAS PRETENSIONES EJECUTIVAS DE PRESTACIONES

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr la ejecución coactiva de un derecho que ya está reconocido o declarado en una sentencia (título *ejecutorio*) o en un instrumento al cual la ley otorga carácter similar (título *ejecutivo*). Por ejemplo, la pretensión de percibir del deudor la suma de dinero a cuyo pago fue demandado judicialmente y que no abonó luego de ser dictada la correspondiente sentencia de condena; la de percibir el importe de una deuda cuya existencia fue reconocida en un instrumento público, etc.

2.3. LAS PRETENSIONES CAUTELARES DE PRUEBA DE HECHOS Y DE DERECHOS

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr no la declaración de un derecho ni la ejecución de una prestación sino el *aseguramiento* anticipado de:

a) *la prueba de un hecho* (por ejemplo, la comprobación judicial del *estado de alguna cosa* en cierto lugar y tiempo) o el de

b) *la vigencia de un derecho* (por ejemplo, la garantía para el acreedor de que su deudor no perderá sus bienes como consecuencia de caer en estado de insolvencia que imposibilitará cobrar la acreencia luego de ser declarado el derecho a hacerlo, etc.).

El tema se comprenderá cabalmente luego de la lectura de la Lección 28.

2.4. LAS PRETENSIONES COEXISTENTES

Sin perjuicio de las clasificaciones precedentes, y al lado de ellas, cuando coexisten dos pretensiones en una misma demanda (casos de acumulación procesal) ellas pueden ser:

1) *Eventuales:* la segunda pretensión se presenta para que el juez la considere y falle sólo en caso de ser desestimada la primera; v.gr., las pretensiones de cumplimiento y resolución de contrato y viceversa;

2) *Sucesivas:* la segunda pretensión se presenta condicionada a que sea estimada la primera; v.gr., las pretensiones de percepción de capital e intereses; a este tipo procesal se da el nombre de *eventualidad impropia;*

3) *Alternativas:* la segunda pretensión se presenta también en forma principal a fin de que sea estimada ella o la primera, indistintamente; v.gr. las pretensiones de reducción de precio y redhibitoria (CC, 2174).

3. LOS ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN PROCESAL

Toda pretensión procesal implica la afirmación de la existencia de una *relación jurídica,* entendida aquí como vínculo que surge entre dos sujetos –ni más, ni menos– con motivo de un acaecimiento de trascendencia para el Derecho.

De tal modo, toda pretensión –al igual que toda *relación*– admite ser descompuesta para su estudio en los distintos elementos que la integran: los *sujetos,* el *objeto* y la *causa* (eficiente).

Con el análisis de ellos pueden ser contestadas las preguntas: ¿entre quiénes?, ¿para qué? y ¿por qué? se deduce la pretensión en la demanda, lo cual resulta de la

mayor importancia para comprender el fenómeno de la *acumulación procesal*, que se describirá más adelante.

Veamos ahora el tema en detalle:

1) *Los sujetos de la pretensión:* He sostenido recién el carácter *bipolar* de toda pretensión (o relación), al afirmar que *siempre son dos* los sujetos que la componen.

Si se toma como ejemplo de la realidad una relación de crédito, se advertirá que está conformada por un acreedor y un deudor, cada uno de los cuales no puede mantenerse integrando tal relación sin la presencia contemporánea del otro, toda vez que no es posible concebir racionalmente la figura de un acreedor sin el correlativo deudor y viceversa.

Cabe poner de resalto que, a los efectos de este estudio, no basta la presencia de un sujeto como integrante de la relación, sino que también es menester determinar en cuál de las dos posibles posiciones se halla ubicado: o es deudor o es acreedor (cosa que habrá de tomarse en cuenta en el número siguiente, al efectuar la comparación de diversas relaciones).

Además, la referencia a un sujeto cualquiera de la relación no está vinculada exclusivamente con la persona física determinada que inviste ese carácter sino, de modo especial, con la *calidad jurídica* que ella exhibe.

De tal modo, la idea de *persona del acreedor,* por ejemplo, comprende la de sus *sucesores* a título singular y universal y, eventualmente, a su *sustituto*.

De la misma forma, en razón de que cabe atender a la *calidad* y no a la *personalidad* del sujeto, siempre que cambie aquélla variará la composición subjetiva de la relación, aunque la persona física mantenga su identidad. Por ejemplo, si en la relación N° 1 el vendedor actúa por sí en tanto que en la relación N° 2 el mismo vendedor no actúa como tal sino en representación de un incapaz, parece obvio que el sujeto es diferente en ambos supuestos.

Sobre esta base, ya puede decirse que los sujetos de la pretensión son el *actor* (pretendiente) y el *demandado* (aquél respecto de quien se pretende). Por ejemplo, quien se afirma vendedor y aquel de quien éste afirma que es el comprador que no pagó el precio de la cosa adquirida.

2) *El objeto de la pretensión:* Es obtener de la autoridad (juez o árbitro) una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda (y, eventualmente, la consiguiente y consecuente conducta del demandado). Por ejemplo, la declaración de la existencia real de la compraventa afirmada en la demanda y la condena al comprador a pagar al vendedor el precio adeudado.

3) *La causa de la pretensión:* Este elemento es el único que presenta una clara variación respecto de las dos ideas que se analizan conjuntamente: pretensión y relación.

Se entiende por *causa de la relación* la concreta interferencia intersubjetiva que la ocasiona.

Esta *concepción unitaria* debe descomponerse necesariamente en *dos subelementos* cuando se la analiza respecto de la *pretensión procesal:*

a) el primer subelemento, está constituido por el *hecho* invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido;

b) el segundo, es la *imputación jurídica* que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho. Por ejemplo, Juan sufre un daño al ser chocado por un taxi conducido por un dependiente de su propietario. Si pretende lograr la reparación, puede demandar al conductor imputándole culpa en la producción del hecho y al propietario por su simple carácter de tal: un *mismo hecho* puede producir *imputaciones jurídicas diferentes.*

En este último ejemplo se advierte la importancia de efectuar la descomposición de la causa en dos subelementos: *hecho* e *imputación jurídica,* ya que no puede decirse con plena corrección que la *causa* de la pretensión de Juan contra el conductor es *idéntica* a la causa de la pretensión del mismo Juan contra el propietario del taxi, toda vez que en caso de tener que responder, ambos lo harán por *diferentes calidades jurídicas.*

La distinción que propicio conduce a soluciones diversas de las que adopta autorizada doctrina que sostiene que la causa *es sólo el hecho y no la imputación jurídica* (argumentos de imputación o remisión a normas legales que contemplan distintos supuestos de responsabilidad). Así es como se afirma en el derecho argentino que, por ejemplo, "si en la pretensión por indemnización de daños y perjuicios se ha invocado la culpa aquiliana (CC, 1109), la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de la responsabilidad contractual (CCom, art. 184) porque, en tal hipótesis, la *causa de la pretensión* está representada por el *hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor*".

No comparto esta interpretación que conduce directamente a la violación de la regla procesal de *congruencia* y, además, a la merma del derecho de defensa de por lo menos una de las partes en litigio.

Para aceptar esta afirmación, adviértase que la posibilidad defensiva del demandado cambia fundamentalmente de acuerdo con las diferentes imputaciones que puede hacer el actor en su demanda: quien sufre un daño en ocasión

de ser transportado por un conductor que actúa con negligencia culpable, puede pretender el resarcimiento por dos vías diferentes: la primera, imputando *culpa* al conductor (CC, 1109); la segunda, sin llegar a ese extremo, alegando simplemente el *incumplimiento del contrato* de transporte (CCom, 184).

Las defensas argüibles en uno y otro caso son diferentes: por ejemplo, el régimen de la prescripción liberatoria en el primer caso es de dos años, en tanto que es de uno en el segundo (ver CCom, 855, 1°).

Además, en el primero incumbe al actor acreditar la culpa del demandado (caso contrario, pierde el pleito) mientras que en el segundo debe acreditar sólo la existencia del transporte contratado, corriendo por cuenta del demandado afirmar y confirmar la culpa de la víctima o de un tercero.

En estos supuestos, además, existen códigos que regulan diferentes competencias materiales para las pretensiones con base contractual y extracontractual, lo que ahonda aún más la diferencia que respecto de la causa existe entre hecho e imputación jurídica.

Véanse ahora las consecuencias prácticas de la interpretación criticada. Para hacer más sencillo el ejemplo, invierto deliberadamente el supuesto de la cita de marras: si la víctima del daño demanda antes de cumplirse los dos años del hecho (con exclusiva imputación en el incumplimiento del contrato de transporte) y éste opone la única defensa de prescripción posible (un año), no creo que el juez pueda obviar el litigio operado arguyendo en su sentencia que al importar sólo el hecho dañoso y no la imputación efectuada a base de él, debe aplicarse una prescripción mayor (la de dos años) pues, no obstante la imputación de incumplimiento contractual, existió en la especie *culpa* del conductor (no invocada como fundamento de la pretensión) que permite al actor demandar útilmente dentro de los dos años de acaecido el hecho...

El ejemplo puede multiplicarse: un accidente de trabajo permite varias posibilidades de imputación, al igual que una letra de cambio entregada como pago de una compraventa, etc.

De ahí la importancia que asigno a no confundir dos cosas que son claramente diferentes.

Y esta distinción es la que permitirá en el número siguiente –al efectuar la tarea de comparar diversas pretensiones que coexisten o se suceden en el tiempo– realizar una adecuada conceptuación de las distintas categorías lógicas que pueden resultar de esa comparación.

Sin perjuicio de lo expuesto, y a base de ello, puede determinarse ya claramente cuáles son las diferencias entre *acción* y *pretensión* mediante la simple

comparación paralela de las respuestas que a su respecto corresponden a las preguntas entre quiénes, por qué y para qué se presentan.

A este efecto inserto el siguiente cuadro sinóptico:

PREGUNTAS	ACCIÓN	PRETENSIÓN
¿entre quiénes? *(sujetos)*	actor y juez	actor y demandado
¿para qué? *(objeto)*	lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso	lograr la emisión de una sentencia (objeto del proceso) favorable al interés del pretendiente
¿por qué? *(causa)*	mantenimiento de la paz social y de la armónica convivencia mediante la erradicación del uso de la fuerza ilegítima.	*hecho* que origina el conflicto en el plano de la realidad cuya existencia se afirma en la demanda (plano jurídico del proceso) más la *imputación jurídica* que el pretendiente hace contra aquel respecto de quien pretende, a base del hecho con trascendencia en el derecho

4. LA COMPARACIÓN DE PRETENSIONES PROCESALES Y SUS EFECTOS

Este tema es de la mayor importancia para lograr la comprensión cabal del verdadero fundamento y cercano parentesco de ciertos institutos procesales que se analizarán más adelante: la *acumulación,* la *inserción,* la *sustitución,* la *reconvención,* la *litispendencia* y el fenómeno del *caso juzgado.*

El método que utilizo para la explicación es inédito: se trata de adoptar el tema en cuestión como *exclusivo punto de partida* para efectuar el estudio de la esencia y razón de ser de tales instituciones.

Cuatro premisas básicas hay que afirmar antes que todo:

a) por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa de los integrantes de una comunidad dada, *es menester* que una vez resuelta por la autoridad una pretensión litigiosa, su decisión sea *definitiva,* impidiéndose así reabrir útilmente la discusión que la originó;

b) del mismo modo, no resulta bueno para el mantenimiento de la paz social la *coexistencia* de dos demandas con base en la misma *exacta pretensión,* pues podría ocurrir eventualmente que ellas obtuvieren sendas decisiones contradictorias, con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico;

c) por similares razones, siempre que una misma causa de pedir sea el sustento de dos o más pretensiones (concurrentes o antagónicas), deben ser *necesariamente* tramitadas y decididas en un solo procedimiento;

d) finalmente, en otras ocasiones y aunque no de modo necesario, resulta *conveniente* tramitar en un mismo y único procedimiento varios procesos originados por pretensiones que se encuentran estrechamente vinculadas entre sí.

Las tres primeras premisas son el fundamento de un principio legislativo superior y metaprocesal: la *seguridad jurídica.* La última de ellas, constituye el basamento de otros principios de naturaleza obviamente procesal: la *economía* y la *celeridad en los trámites.*

Del principio de *seguridad* se sigue que no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión y que no pueden emitirse decisiones diferentes acerca de una misma exacta pretensión o de pretensiones antagónicas.

A este efecto, no interesa el eventual apartamiento de las reglas de economía y celeridad, pues por sobre ellas debe privar la seguridad jurídica.

De los principios de *economía* y *celeridad* se extrae la conveniencia de tramitar simultáneamente diversas pretensiones, sin interesar al efecto el principio de seguridad, ya que no es rozado por éstos.

Para su aplicación a un caso determinado y con la finalidad de evitar la *duplicidad* de *procesos* sobre la misma pretensión así como la *coexistencia de decisiones contradictorias,* puede ser necesario efectuar una tarea de comparación de distintas pretensiones entre sí.

A efecto de saber cómo se corresponden la una con la otra, lo más práctico será enfrentarlas con la finalidad de que –cual una figura ante un espejo– se logre ver de qué manera coinciden sus tres elementos ya conocidos: sujetos, objeto y causa (con sus dos subelementos vistos en el número anterior).

Véanse ahora los diferentes casos.

4.1. LA INDIFERENCIA O INDEPENDENCIA DE PRETENSIONES

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero entregado en mutuo. Si se compara esta pretensión con otra en la cual Juan pretende que Pablo le devuelva la finca que le entregara en comodato, cabe concluir que entre ambas pretensiones no existe elemento alguno en común: son distintos los sujetos (Pedro y Diego por un lado; Juan y Pablo por el otro), los objetos pretendidos y la causa (los hechos y las imputaciones jurídicas).

Estas dos pretensiones son *indiferentes* o *independientes* y para nada sirven a los efectos de esta explicación; sin embargo, las menciono aquí al sólo efecto de mostrar las diferencias que se advertirán en los supuestos que siguen.

4.2. LA IDENTIDAD DE PRETENSIONES

Supóngase ahora que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, al mismo tiempo, y por razones diversas que no interesa indagar, el mismo Pedro reclama del mismo Diego la restitución del mismo dinero dado en el mismo mutuo.

Esta simple compulsa por virtud de la cual se advierte que coinciden perfecta y acabadamente todos y cada uno de los elementos conocidos, permite decir que las pretensiones comparadas son *idénticas.*

4.3. LA CONEXIDAD DE PRETENSIONES

Toda vez que al comparar pretensiones litigiosas coincidan por lo menos *uno* y como máximo *dos* de los elementos tradicionales, se dice que media entre ellas una relación de *conexidad* que puede ser simple: *subjetiva, objetiva* y *causal,* y mixta: *subjetivo-causal* y *objetivo-causal.*

4.3.1. LA CONEXIDAD SIMPLE SUBJETIVA

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, contemporáneamente, el mismo Pedro reclama al mismo Diego la devolución de una cosa entregada en comodato.

Enfrentando una pretensión con la otra, se advierte que coinciden exactamente los sujetos (actor y demandado, cada uno en la misma posición en ambas pretensiones), en tanto que difieren los restantes elementos: objeto y causa.

Este fenómeno en el cual coinciden sólo dos sujetos *ubicados en la misma posición* y no los restantes elementos, recibe la denominación de *conexidad subjetiva.*

4.3.2. LA CONEXIDAD SIMPLE OBJETIVA

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de la posesión de una finca usurpada y que, al mismo tiempo, Juan reclama al mismo Diego la misma finca, que le compró.

Colocando nuevamente una pretensión frente a otra, se puede ver que no coinciden los sujetos (aunque haya un mismo demandado son distintos los actores) ni

la causa (en cuanto hecho más *imputación jurídica)* pero sí el objeto pretendido: la misma finca.

Este fenómeno en el cual coincide exactamente el objeto pretendido y no los sujetos ni la causa, recibe la denominación de *conexidad objetiva.*

Este tipo de conexidad puede presentarse por

- *identidad del objeto*: caso de un propietario que intenta el desalojo de un locatario y de un usurpador, que ocupan cada uno parcialmente el total de un mismo predio. Y por
- *incompatibilidad de las distintas pretensiones sobre el mismo objeto*: caso de un propietario que intenta reivindicar una finca contra su poseedor actual quien, a su turno, es demandado por quien le compró sus derechos posesorios y le reclama la entrega de la misma finca.

4.3.3. LA CONEXIDAD SIMPLE CAUSAL

Supóngase que en un mismo acto, Juan y Diego obtienen de Pedro un préstamo en dinero, comprometiéndose ambos a devolverlo por partes iguales. A base de ello, y por falta de pago, Pedro reclama a Juan la restitución de su parte y, al mismo tiempo, el mismo Pedro reclama a Diego la restitución de la suya.

Comparando ambas pretensiones se advierte que Pedro está en la posición actora en ambas pretensiones, en tanto que son distintos los demandados: Juan y Diego, por lo que no es idéntico el elemento subjetivo; que los objetos pretendidos son diferentes y que es idéntica la causa obligacional, toda vez que ambas pretensiones tienen fundamento en idéntico acto jurídico y ostentan idéntica imputación.

Este fenómeno en el cual coincide sólo la causa, y no los sujetos ni el objeto, recibe el nombre de *conexidad causal.*

4.3.4. LA CONEXIDAD MIXTA OBJETIVO-CAUSAL

Supóngase que Pedro reclama ser considerado hijo del matrimonio formado por Diego y María, por haber sido concebido y nacido luego del casamiento de ellos; para esto, deduce sendas pretensiones por separado.

En razón de que se pretende filiación matrimonial y no otra, la relación jurídica afirmada en las respectivas demandas es *inescindible:* debe darse *necesariamente* respecto de Diego y de María, y no respecto de alguno cualquiera de ellos en forma individual. Repárese en que Pedro no puede ser declarado *hijo matrimonial* de Diego y no de María, o viceversa: será hijo de los dos o de ninguno.

Si se comparan ambas pretensiones, se puede ver que el elemento subjetivo no es idéntico: aunque el actor sea el mismo en las dos pretensiones, son distintos los demandados. Pero también se ve que el objeto y la causa de ambas pretensiones son idénticos.

Este fenómeno muestra una *conexidad mixta objetivo-causal* y se presenta en *todo supuesto de relación jurídica inescindible.*

4.3.5. LA CONEXIDAD MIXTA SUBJETIVO-CAUSAL

Supóngase que Pedro reclama a Diego el cumplimiento de un contrato; contemporáneamente, el mismo Diego pretende respecto del mismo Pedro que se declare la nulidad del mismo contrato.

Comparando ambas pretensiones se ve que los sujetos son las mismas exactas personas, pero que se hallan *en posiciones procesales invertidas* (Pedro es actor y Diego demandado en la primera pretensión, en tanto que Diego es actor y Pedro demandado en la segunda), que los objetos son diferentes (cumplimiento y declaración de nulidad) pero que la causa es la misma (el contrato).

Este fenómeno muestra una *conexidad mixta subjetivo-causal.*

4.4. LA AFINIDAD DE PRETENSIONES

Supóngase que Pedro, dependiente de Diego, ocasiona un daño a Juan en un accidente de tránsito. Por tal razón, Juan pretende que Pedro le indemnice los gastos efectivamente abonados para lograr su curación y, contemporáneamente, que Diego le indemnice el daño moral sufrido.

Comparando ambas pretensiones, se advierte que los sujetos no son idénticos (Juan y Pedro por un lado; Juan y Diego por el otro) y que los objetos pretendidos son diferentes (resarcimiento de daño material e indemnización por daño moral).

Pero también se ve que *si el hecho causante del daño es el mismo, no lo es la imputación jurídica que sustenta cada pretensión:* a Pedro sólo se le puede imputar ser el culpable del hecho dañoso; a Diego sólo ser el patrón de Pedro.

Se comprenderá ya que éste es un fenómeno completamente distinto de los anteriores: aunque los sujetos no son idénticos, *siempre hay un sujeto en común* en las diferentes pretensiones. Además, es *idéntico el hecho* que fundamenta la pretensión, pero es *distinta la imputación jurídica* que se hace a cada uno de los demandados.

Esta figura recibe la denominación de *afinidad.*

Reiterando estas ideas, y viendo el cuadro sinóptico siguiente que permite una rápida comprensión de los distintos ejemplos, se tiene el siguiente esquema[1]:

Caso	Sujetos		Objeto	Causa		Origina
	actor	*demandado*		*hecho*	*imputación*	
1	V	W	X	Y	Z	**indiferencia**
2	A	B	C	D	E	**identidad**
3	A	B	C	D	E	**conexidad subjetiva**
4	A	B	F	G	H	**conexidad objetiva**
5	A	J	F	K	L	**conexidad causal**
6	A	M	N	K	L	**conexidad mixta objetivo-causal**
7	A	O	N	K	L	**conexidad mixta subjetivo-causal**
8	O	A	P	K	L	**afinidad**
9	R	A	S	K	T	

1 Para la mejor comprensión del cuadro esquemático que se ve *supra*, explico brevemente su contenido: a) la primera columna muestra los *posibles casos* de existir y que ya se han explicado en el texto; b) las dos columnas siguientes ponen nombre a los *sujetos intervinientes* en los diferentes casos, a fin de que se advierta que, por ejemplo, la persona llamada V –en la primera fila de la segunda columna– no es la misma persona que A –en la segunda fila de la misma columna–. De tal forma, toda comparación deberá hacerse de aquí en más entre una fila superior cualquiera y su inmediata inferior; c) la siguiente columna denomina el *objeto pretendido*, que debe ser comparado siempre con el que se encuentra en la fila inmediatamente inferior a efectos de saber si los casos coinciden o no; d) en las dos columnas siguientes se encuentran la *denominación del hecho* y de la *imputación jurídica* que el pretendiente hace al resistente en su demanda, constituyendo todo la *causa* de la prestación exigida; e) finalmente, la columna de la derecha establece el *fenómeno procesal* que origina la comparación del caso contenido en una fila cualquiera con el que se halla en la fila de abajo. De tal modo se ve que, comparado el caso 1 con el 2, se obtiene el resultado de la *indiferencia:* si se hace lo mismo entre los casos 2 y el 3, se obtiene *identidad*. Y así sucesivamente.

¿Para qué sirve todo esto? ¿Qué efectos se logran?

Teniendo en cuenta: 1) las reglas de política procesal mencionadas al comenzar este número y 2) la posibilidad de que dos pretensiones vinculen por igual a más de dos sujetos, sin perjuicio de lo que se expondrá oportunamente, al tratar el tema *La acumulación procesal,* adelanto desde ya que las distintas categorías recién enumeradas originan:

a) la *identidad de pretensiones* (caso ya visto en el # 4.2),
   - la *litispendencia* (cuando es contemporánea) y
   - la *cosa juzgada* (cuando es sucesiva);

b) la *conexidad subjetiva* (caso ya visto en el # 4.3.1) origina la *acumulación voluntaria de dos procesos* (en un procedimiento único) incoados por un mismo y contra un mismo sujeto, por razones de economía procesal. Puede ser:
   - *inicial* (por voluntad del actor) o
   - *posterior* (por voluntad del actor o del demandado).

   El primer supuesto es denominado habitualmente por los códigos procesales como *acumulación de pretensiones* y el segundo como *acumulación de autos*;

c) la *conexidad objetiva* (caso ya visto en el # 4.3.2) supone un interés concurrente de por lo menos tres sujetos.

   Tal interés puede ostentar distinto fundamento:
   - cuando la conexidad existe por *identidad del objeto* (desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador), origina una *acumulación voluntaria* (para el actor) *de procesos* (por razones de economía y celeridad) en un mismo procedimiento;
   - cuando la conexidad existe por *incompatibilidad del objeto* (dos personas pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra), origina una *intervención excluyente de tercero*;

d) la *conexidad causal* (caso ya visto en el # 4.3.3) origina una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único;

e) la *conexidad mixta objetiva-causal* (caso ya visto en el # 4.3.4) origina una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único con efectos diferentes de la referida antes en el punto d);

f) la *conexidad mixta subjetiva-causal* (caso ya visto en el # 4.3.5) origina
   - una *reconvención* o, en su defecto,

- una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único;

g) la *afinidad* presenta siempre un vínculo de *dependencia* entre dos relaciones (caso ya visto en el # 4.4):

- si la dependencia es *indirecta,* origina una *intervención asistente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el actor o el demandado);
- si la dependencia es *directa* origina
  - *o* una *intervención sustituyente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el demandado)
  - *o* una *intervención coadyuvante* o *asistente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el demandado mediante uno de dos supuestos fácticos: *citación en garantía* o *denuncia de litis)* o, finalmente,
  - *o* una *relación de oposición,* según la actitud que efectivamente asuma el tercero al concurrir al juicio pendiente.

Todo esto será reiterado y se comprenderá mejor luego de leer las Lecciones venideras.

LECCIÓN 6

LA JURISDICCIÓN

SUMARIO

1. Equivocidad del vocablo *jurisdicción*
2. Funciones que cumple el Estado
   2.1. Comparación entre las distintas funciones
      2.1.1. Jurisdicción y legislación
      2.1.2. Jurisdicción y administración
3. Concepto y elementos de la función jurisdiccional
4. Actos llamados de *jurisdicción voluntaria*

1. LA EQUIVOCIDAD DEL VOCABLO *JURISDICCIÓN*

La voz *jurisdicción* es otra de las tantas que se utilizan equívocamente en el ámbito del derecho, provocando notable desconcierto entre los juristas y haciendo imposible un adecuado diálogo entre ellos.

En cualquier obra jurídica se ve el empleo de la voz *jurisdicción* para referir a varios fenómenos que poco y nada tienen que ver entre sí:

- indica el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía;
- señala el territorio en el cual cumple sus funciones un juez;
- muestra el conjunto de prerrogativas de un órgano del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial);
- refiere a la aptitud que tiene un juez para entender en una determinada categoría de pretensiones y, por fin,
- tipifica la función de juzgar.

Fácilmente puede comprenderse que esta equivocidad terminológica, proveniente de designar con un mismo nombre a diferentes fenómenos que se exteriorizan en la vida jurídica, es altamente disvaliosa y posibilita que se critique al derecho mediante la afirmación de su carácter acientífico.

Para evitar todo ello, parece imprescindible armonizar y sistematizar el contenido de los vocablos de uso técnico, asignándoles un significado preciso.

Y así, no habrá que utilizar la palabra jurisdicción sino *competencia territorial, soberanía, prerrogativas,* etc., cuando se trate de mencionar fenómenos jurídicos ajenos a la función estatal propiamente dicha que desde antaño es conocida con esta denominación.

2. LAS FUNCIONES QUE CUMPLE EL ESTADO

La comprensión de este tema resulta esencial para entender cualquiera exposición que verse sobre el derecho procesal.

Inicialmente, debe tenerse presente que, a un nivel de absoluta lógica racional, el Estado obtiene el logro de sus fines mediante el cumplimiento adecuado de tres funciones que pueden caracterizarse *a priori* con facilidad: la *legislativa,* la *administrativa* y la *jurisdiccional.*

A esta distinción primaria obedece la creación y la separación de poderes efectuada por el constituyente: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Aunque a primera vista parezca que existe una perfecta correspondencia entre *cada función* y *cada Poder,* ella no se presenta en la vida jurídica: salvo el caso del Poder Ejecutivo, que no puede ni debe efectuar tarea jurisdiccional, cada una de las funciones mencionadas es cumplida (aunque a distintos niveles) de modo concurrente por cada uno de los Poderes que actúan en el Estado organizado constitucionalmente.

En efecto: en la Argentina, por ejemplo,

1) la función *legislativa* es cumplida:

a) por el Poder Legislativo, a cuyo exclusivo cargo está la *sanción* de la ley en sentido formal (CN, 77 y ss.);

b) por el Poder Ejecutivo, a cuyo exclusivo cargo está la *promulgación* de la ley formal (CN, 99, 3°) y la reglamentación, mediante *decretos,* de las leyes del congreso (CN, 99, 2°) y

c) por el Poder Judicial, a cuyo exclusivo cargo está el emitir *acordadas* con carácter de norma general (Ln 16895, 21) y *fallos plenarios,* con carácter de norma vinculante para ciertos jueces (CPCN, 303; art. 375 y LOPJ, 28 y 29);

2) la función *administrativa* es cumplida:

a) primordialmente por el Poder Ejecutivo (CN, 99, 1°; 7°; 10°; 13°; 14°; 16°; 17°; 20°; etc.);

b) también por el Poder Legislativo, v. gr.: al sancionar a sus miembros (CN, 66) y

c) también por el Poder Judicial, v.gr.: al designar a su propio personal (CN, 113);

3) la función *jurisdiccional* es cumplida:

a) primordialmente por el Poder Judicial en todas sus sentencias;

b) también por el Poder Legislativo en el exclusivo caso del *juicio político* (CN, 53, 59 y 60).

c) pero no puede ni debe ser ejercida por el Poder Ejecutivo (CN, 109).

De este inventario de funciones surge la necesidad de establecer con claridad en qué consiste la *esencia* de la actividad que concretamente desempeñan los diferentes Poderes, que en obvia tarea de *cogobierno* realizan mediante *leyes*[1] (acto exclusivo del Poder Legislativo); *decretos*[2] (acto que primordialmente realiza el Poder Ejecutivo) y *sentencias*[3] (acto que primordialmente realiza el Poder Judicial y que no debe efectuar el Poder Ejecutivo).

Los tres actos recién mencionados representan los distintos modos por los cuales se expresa el Estado para regular la convivencia de sus integrantes.

De ahí la importancia de efectuar una adecuada comparación entre ellos para delimitar correctamente en qué consiste la actividad jurisdiccional: sólo así el intérprete sabrá con certeza cuándo ésta existe como tal a fin de otorgarle al acto respectivo los efectos que le corresponden y de determinar exactamente cuáles son los medios concedidos por la ley para impugnarlo.

El tema es de capital importancia en la mayoría de los ordenamientos legales en los cuales no sólo se utiliza polivalentemente el vocablo jurisdicción

1 En términos sencillos de comprensión del problema, cabe señalar que la ley dice *qué hay que hacer.*

2 El decreto regula el control necesario de ejercer para *que se haga lo que hay que hacer,* expresando su cómo, cuándo, dónde, etc.

3 La sentencia dice *qué hay que hacer cuando no se hizo lo que había que hacer.*

sino que también, y esto es grave, no se delimita de modo perfecto y acabado la *esencia de la actividad,* cosa que permite afirmar desde el propio texto de la ley, y por ejemplo, la existencia de una *jurisdicción administrativa,* en la cual insisten particularmente numerosos juristas cuando definen la tarea que cumple el Poder Ejecutivo al resolver los conflictos que él sostiene con sus administrados.

2.1. LA COMPARACIÓN DE LAS DISTINTAS FUNCIONES

2.1.1. JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN

La labor de comparar la función legislativa (ley) con la función jurisdiccional (sentencia) es sencilla y sus radicales diferencias surgen obvias y rápidamente:

a) la *ley* se presenta siempre con la característica de ser *general* (rige para todos o para muchos que ostentan idéntica condición), *previa* (se dicta *a priori,* regulando conductas que habrán de cumplirse en el futuro), *abstracta* (la conducta impuesta por la ley no tiene destinatarios predeterminados) y *autónoma* (su fuerza obligatoria emana del carácter soberano del que se halla investido el órgano que la sanciona), en tanto que

b) la sentencia ostenta caracteres diferentes pues es: *particular* (rige sólo para quienes intervinieron en el proceso), *posterior* (se dicta siempre después, *a posteriori,* sancionando conductas que se cumplieron en el pasado), *concreta* (la conducta impuesta por la sentencia tiene destinatarios determinados) y *complementaria* (pues su fuerza obligatoria proviene de la ley).

Tales diferencias explican por qué *ley* y *sentencia* nunca han sido confundidas por la doctrina, a pesar de que ambas son *normas jurídicas.*

2.1.2. JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

No ocurre cosa semejante a lo visto en el punto anterior en la tarea de comparar la función jurisdiccional (sentencia) con la función administrativa (decreto).

Buscando las diferencias esenciales entre ambas actividades se han sostenido las más variadas teorías, que pueden clasificarse inicialmente en tres grandes grupos en orden a sus enfoques *material* o *formal* del tema.

1) El criterio *material* se justifica doctrinalmente con la referencia:

a) al *contenido* u *objeto del acto:* el acto jurisdiccional se identifica por constituir una decisión sobre un conflicto de derechos o por ser una comprobación de la existencia o inexistencia de un pretendido derecho subjetivo;

b) a la *finalidad del acto:* la administración busca la utilidad estatal en tanto que la jurisdicción procura el mantenimiento del sistema y del orden jurídico;

c) a la *estructura del acto:* partiendo de su carácter complejo, se lo define como la comprobación de que ha sucedido o no una violación de la ley o de la situación jurídica a fin de imponer la consecuente sanción prevista por la ley.

2) El criterio *formal* ostenta también un triple enfoque:

a) ve el dato distintivo del acto jurisdiccional en la *organización del oficio judicial:* concibe a la jurisdicción como una actividad del órgano. Es el punto de partida de Kelsen, para quien el rasgo característico de la jurisdicción es la ausencia de subordinación del órgano que realiza la actividad;

b) atiende al *específico procedimiento que precede a la sentencia:* el juez no puede sentenciar sin tramitar previamente un procedimiento regulado y establecido con el fin de dar carácter contradictorio al debate;

c) destaca la *fuerza atribuida a la sentencia:* el fallo judicial tiene carácter de verdad legal.

Por cierto, esta sucinta síntesis no agota las posiciones doctrinales, que casi son tantas como autores se ocupan de tratar el tema.

Así, a título de ejemplo y encuadrando o no en lo precedentemente afirmado, se ha dicho que la jurisdicción es:

- la actuación del derecho objetivo;
- el acto en el cual predomina el juicio sobre la voluntad;
- la función soberana cuyo objeto es establecer si en un caso concreto es aplicable o no determinada norma jurídica;
- la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo a casos concretos;
- el poder público que una rama del gobierno ejerce al instruir un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ella sea cumplida;
- la facultad conferida al Poder Judicial para declarar el derecho, aplicarlo o hacerlo cumplir;
- la actividad con la cual el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por inseguridad o inobservancia no se realiza la norma jurídica que los tutela;
- la resolución sobre pretensiones jurídicas;

- la actividad del Estado de formular y hacer actuar prácticamente la regla jurídica concreta que por fuerza del derecho vigente disciplina determinada situación jurídica;
- el cumplimiento de la actividad de procesar; etc., etc.

A mi juicio, la teoría –presentada con leves variantes entre los autores que la sustentan– que más se acerca a la tipificación de la esencia de la función, es la que ve en la jurisdicción una clara *sustitución de la actividad privada por la pública.*

Tal sustitución se opera *en la sentencia* y, eventualmente, en su *ejecución.*

Allí, la autoridad, que es *neutral* –ni uno ni otro– resuelve el litigio de un modo *alterutral* –uno y otro al mismo tiempo– colocándose en la posición de cada uno de los contendientes para conocer qué es lo que ocurrió en el pasado a fin de establecer cuál fue la conducta cumplida para subsumirla luego en el tipo contenido en la norma legal.

Además, tal sustitución opera también y eventualmente *en la ejecución coactiva del mandato impuesto en la sentencia,* si el condenado no cumple espontáneamente la conducta ordenada, se hace efectiva por medio de un acto de fuerza.

De tal modo, se afirma que la sustitución opera a un doble nivel: *intelectivo* y *volitivo,* con causa en la necesidad social de solucionar un conflicto intersubjetivo de intereses.

Lo que interesa remarcar fundamentalmente acerca de esta teoría es que parte de la base de un *litigio* (hace a su existencia lógica que se presente como mínimo entre dos sujetos, ver la Lección 1) cuyos afectados son sustituidos por la autoridad (tercer sujeto), con lo cual muestra un fenómeno jurídico *que reúne necesariamente a tres sujetos* diferentes para poder arribar a su solución.

En otras palabras, la actividad de procesar y su objeto, el acto jurídico *sentencia supone por esencia la contemporánea presencia de tres sujetos determinados* o, al menos, uno de ellos *determinable.*

No ocurre otra cosa igual en todo el orden jurídico.

Adviértase que la tarea de legislar supone la actividad de un sujeto determinado (el legislador) y la generalidad abstracta de sujetos indeterminados que, cada uno individual y eventualmente, encuadrará o no en la norma que se cree.

Repárese también en que la tarea de administrar supone la actividad de un sujeto determinado (el administrador) y de otro sujeto indeterminado, determinado o determinable (el administrado): en cada uno de ambos casos existen

claramente *dos sujetos,* indeterminados, determinados o determinables, pero *solamente dos.*

De tal forma, y por ahora, el razonamiento lógico se conforma plenamente con la explicación dada: la esencia de la actividad jurisdiccional, que la tipifica de modo inconfundible por ser irrepetible en el Derecho, es la sustitución que cumple la autoridad respecto del intelecto y de la volición de los particulares en conflicto.

Sin embargo, la doctrina generalizada insiste en que no siempre hay actividad de sustitución en la etapa de ejecución del mandato contenido en la sentencia, pues existen supuestos en los cuales tal ejecución no puede ser cumplida sino por la propia autoridad (por ejemplo, la ejecución penal).

Y así, se llega a afirmar que la ejecución en sí misma es tarea administrativa y no jurisdiccional, con lo que se vuelve al punto de partida, pues si la esencia de la función se halla, como se verá, en la eventual sumatoria de distintas actividades, la teoría deja sin explicar otro fenómeno de la mayor importancia en el mundo jurídico moderno: el *arbitraje privado.*

Para comprender el problema que la cuestión genera es imprescindible abordar en forma previa el siguiente tema.

3. EL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN

Se acepta mayoritariamente que la jurisdicción *es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto.*

Para que tal facultad pueda ser cumplida adecuadamente, se reconoce desde antaño que el ejercicio de la función admite ser descompuesto en los siguientes *elementos* (o atribuciones concurrentes de los jueces):

1) *Notio:* es la facultad para conocer de una determinada cuestión litigiosa;

2) *Vocatio:* es la facultad para compeler (en rigor, para generar cargas) a las partes para que comparezcan al proceso;

3) *Coertio:* es la facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas *dentro* del proceso, a fin de hacer posible su desenvolvimiento: se ejerce sobre personas y cosas;

4) *Judicium:* es la facultad de resolver el litigio con el efecto propio del caso juzgado;

5) *Executio:* es la facultad de ejecutar, mediante el uso de la fuerza pública,

la sentencia no acatada espontáneamente por las partes, a fin de no tornar meramente ilusorias las facultades antes mencionadas.

Si se lee con atención lo precedentemente escrito, puede advertirse que, al igual que lo afirmado respecto de la *acción procesal*, el concepto de jurisdicción recién enunciado constituye una aceptable pero errónea (no solamente el Estado puede administrar justicia) e insuficiente descripción para singularizar la esencia del fenómeno jurídico que se intenta definir (los órganos judiciales no son los únicos que ejercen actividad jurisdiccional y, por otra parte, las palabras *administrar justicia,* nada dicen por sí mismas).

Para lograr la tipificación inconfundible que se propicia en toda esta obra y que a mi juicio aún no se ha logrado sino en forma parcial por la doctrina autoral, propongo el análisis de la actuación de la autoridad que interviene como tal en un proceso incoado para lograr la resolución de un afirmado conflicto en el plano de la realidad social.

En tal tarea, se puede ver con toda facilidad que la actividad de la autoridad ostenta dos niveles perfectamente diferenciados: el primero, se relaciona de modo exclusivo con el comportamiento que ante ella tienen las partes en litigio (actividad de procesar); el segundo, se refiere de modo exclusivo al comportamiento que, en la realidad del pasado, originó el afirmado conflicto de intereses (actividad de sentenciar).

Aceptado ello, se admitirá también que la autoridad (por ahora me refiero sólo al juez) se conduce efectivamente de manera distinta según se trate de dirigir el proceso (*procesar*) o de resolver el litigio (*sentenciar*).

En efecto: durante el proceso, el juez es un *sujeto receptivo: recibe* las instancias (afirmativa y negativa), *recibe* los medios de confirmación aportados por las partes y *recibe* sus alegaciones acerca del mérito confirmatorio de tales medios.

Su papel puede variar desde una extrema pasividad hasta una plena actividad instructoria, pero siempre es *receptivo:* al procesar, el juez es sólo el destinatario de las instancias de los contendientes.

Pero cuando llega el momento de sentenciar, ocurre algo por completo diferente: de sujeto receptivo pasa a ser *sujeto emisor:* en la sentencia, el juez funda y brinda un criterio que tiene el carácter de mandato; y así, quienes hasta ese momento eran emisores –las partes– ahora se convierten en receptores.

De tal modo, el juez actúa mediante dos verbos diferentes: *recibe* durante el procesar y *da* o *emite* al sentenciar.

Y a menos que en idioma castellano pueda sostenerse sensatamente que las actividades de dar y recibir son idénticas –lo cual es un dislate– habrá que concluir

que, por ser cosas diferentes, no deben ser mencionadas mediante una misma y sola denominación; y así, habrá que dar el nombre de jurisdicción a la simple tarea de procesar o a la sola tarea de sentenciar o, como fenómeno complejo, a la suma total de ambas actividades.

Briseño Sierra otorga al vocablo jurisdicción el solo contenido de procesar, excluyendo de él a la actividad de sentenciar; congruente con ello, *la sentencia no es un acto del proceso.* Y no lo es, tal como se verá en la Lección 25. Otros autores, en cambio, se limitan a ignorar el problema y, sin prestar atención a las distintas actividades cumplidas en la realidad, afirman que *la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia.*

Antes de continuar, retomo el tema que dejé inconcluso al terminar el número anterior: toda la actual concepción del fenómeno jurisdiccional deja sin explicar el *arbitraje privado.*

La cuestión no parece baladí: una observación atenta de la realidad jurídica de todos los tiempos, pero con singular importancia en la época contemporánea, muestra que un número más que considerable de litigios (originados en conflictos nacidos del tráfico comercial internacional o propios del comercio nacional pero en los cuales una de las partes interesadas es una gran empresa a cuyos directivos no interesa la inevitable trascendencia pública del proceso judicial, etc.) son sustraídos de la órbita estatal; y así, en lugar de tramitarlos ante los jueces establecidos al efecto por los distintos Estados, los derivan hacia el arbitraje privado, con elección por las partes no sólo de la figura del juzgador sino también de los trámites, medios de impugnación, etc.

Creo que es ocioso insistir sobre el fenómeno descrito: todo abogado litigante sabe a ciencia cierta la exactitud de esta afirmación y la magnitud que ha alcanzado la tarea arbitral en los últimos años.

Tan vasto e importante tema es ignorado por la doctrina cuando se trata de singularizar la actividad que analizo.

Y esta actitud peca gravemente por defecto, pues para definir el fenómeno jurisdiccional no resulta suficiente la simple remisión al estudio de una de las funciones del Estado y su posterior comparación diferenciadora con el resto de las funciones que éste cumple para el logro de sus fines pues, como ya se ha visto, no siempre son órganos públicos los llamados por los interesados para resolver sus conflictos.

Atendiendo a lo expuesto, resulta evidente que toda tarea de conceptuar que –partiendo de la distinción óntica entre acto administrativo y acto jurisdiccional– asigne éste de modo excluyente al Estado y, al mismo tiempo, niegue este carácter a la pura ejecución, no condice con la realidad jurídica imperante.

De tal modo, para singularizar inconfundiblemente la actividad jurisdiccional en el plano en el cual se desenvuelve la corriente doctrinal mayoritaria, que se maneja exclusivamente con lo que podría llamarse *criterio tradicional,* no debe concretarse a mostrar lo *judicial* diferenciado sólo de lo *administrativo* sino también de lo *arbitral.*

De ello se deriva importante conclusión: para definir la esencia de la actividad jurisdiccional habrá de tenerse en cuenta que ella es la que cumple *siempre* la autoridad *con motivo de un proceso* (y no de un procedimiento), sustituyendo *intelectiva* (acto de sentencia) y *volitivamente* (acto de ejecutar lo sentenciado) la actividad de los particulares.

Claro está que, desde esta óptica, *la ejecución integra el concepto de jurisdicción* y que ella, como función, *es exclusiva del Estado* (toda vez que los árbitros no pueden ejecutar sus laudos en razón de que su carácter de particulares les veda el uso de la fuerza al efecto).

Recurrentemente: la *actividad jurisdiccional* consiste en procesar, eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado.

La utilización de la palabra *eventualmente* en el concepto recién dado obedece a una clara realidad: no todo proceso termina en sentencia ni toda sentencia en ejecución.

Por lo contrario, más de la mitad de los asuntos justiciables terminan por puros medios autocompositivos (de donde resulta que la sentencia no es el modo *normal* sino *anormal* de terminación de un proceso).

De la misma forma, no toda sentencia requiere ser ejecutada: antes bien, gran número de ellas se acatan y cumplen espontáneamente.

4. LOS ACTOS LLAMADOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Siguiendo a la tradición española, todos los CPC del continente legislan acerca de los *actos de jurisdicción voluntaria* (arts. 667 y ss.), sobre cuya verdadera naturaleza jurídica han polemizado circularmente los autores desde antaño.

La mayor parte de ellos afirma que ni son *jurisdiccionales,* so pretexto de que no son resolutivos de conflictos intersubjetivos de intereses, ni *voluntarios,* toda vez que no depende de la voluntad del particular el utilizar o no la respectiva instancia.

De ahí que solitaria doctrina haya propuesto darles la denominación de *actos de competencia necesaria* ya que, sin ostentar la esencia de la actividad jurisdiccional, encuadran en la competencia judicial por expresa atribución legal y son de tránsito imprescindible en ciertos y determinados casos.

Una posición autoral minoritaria otorga a estos actos un auténtico carácter jurisdiccional, en razón de que siempre giran alrededor de una contienda *actual* o *potencial* y de que, por lo menos para el actor, alcanzan el efecto propio del caso juzgado.

En rigor de verdad, la razón y la sinrazón se hallan en ambas posiciones.

Es cierto que numerosas leyes derivan a la actuación judicial el realizar ciertos actos que no por tal razón pierden su esencia administrativa. Por ejemplo: a partir del nacimiento de un hijo, el padre tiene cierto plazo para efectuar por sí mismo la respectiva anotación en el registro de las personas; pero después de su vencimiento, ya no puede lograr por sí tal inscripción, sino que requiere que la orden del caso la emita un juez. A tal efecto, debe realizar un *acto de jurisdicción voluntaria.*

Conforme con la explicación dada en el punto 2 de esta Lección, la actividad que se cumple respecto del ejemplo dado muestra un *simple procedimiento administrativo* que vincula exclusivamente a dos sujetos –quien insta y la autoridad– y no un verdadero proceso como fenómeno jurídico único que relaciona a tres personas.

En otras palabras: de acuerdo con lo afirmado antes en esta Lección, parece obvio aceptar que no todas las tareas que cumplen los jueces ostentan el carácter jurisdiccional, del mismo modo que no todas las que realiza el Poder Legislativo se concretan a la exclusiva sanción de la ley. Ambos pueden realizar y realizan actividad administrativa. Y esta es la esencia de la mayoría de estos actos en estudio, que generan *simples procedimientos.*

Y refiero a la *mayoría* y no a *todos* los actos legislados con este carácter, en razón de que muchos de ellos implican un auténtico conflicto entre la sociedad como tal (o la ley) y el particular.

Por ejemplo: conforme con la ley, los padres carecen de un derecho absoluto para poner cualquier nombre a sus hijos: están prohibidos los extravagantes, ridículos y contrarios a las costumbres nacionales, los que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se imponen y que sean de grafía extranjera salvo los castellanizados por el uso, etc.

Para lograr la inscripción de un nombre que encuadre en alguno de tales supuestos –se supone la negativa del oficial público a efectuar la inscripción– el interesado debe ocurrir a un juez, quien ordenará la tramitación de un verdadero proceso con la participación de un *contradictor* necesario que defenderá en su caso la vigencia de la ley: el representante del Ministerio Público, con la obvia facultad de poder oponerse irrestrictamente a la pretensión deducida y hacerla tramitar por todos los grados de conocimiento judicial –ordinarios y extraordinarios– que le permita el ordenamiento institucional.

Este fenómeno es diferente del anteriormente expuesto: aquí hay tres sujetos vinculados entre sí –quien insta, la autoridad y el fiscal– que permiten la formación de un verdadero proceso que, llegado el caso, terminará en una sentencia con efectos propios del caso juzgado, razón por la cual la ejecución consistirá en la anotación que corresponda en el registro de las personas, no pudiendo ya negarse el oficial público que lo dirige.

Como ambos casos reseñados se hallan legislados bajo una sola y única denominación, insisto en la necesidad de diferenciarlos adecuadamente para no caer en equívocos doctrinales acerca de la esencia de la actividad que se cumple en ellos.

Para efectuar esta tarea, el intérprete no tiene otro camino que recurrir al propio texto de la ley, ya que siendo ella la atributiva de la competencia judicial en este tema, es la que encarga a los jueces el realizar ciertos actos administrativos que bien podrían cumplir otros funcionarios. Por ejemplo, advierto que en algunos países la sucesión por causa de muerte escapa a la órbita judicial cuando median ciertas condiciones y, así, es tramitada ante escribanos públicos.

De tal modo, habrá que investigar cómo se regula cada supuesto: si el legislador ordenó la presencia de un contradictor que asuma efectiva y realmente esa posición –tres sujetos– se tratará de un proceso que permitirá ejercitar una verdadera actividad jurisdiccional al sentenciar y ejecutar lo decidido.

Caso contrario, si el legislador prevé sólo la presencia de dos personas, se tratará de un procedimiento que generará una actividad esencialmente administrativa y que llegado el caso, al igual que respecto de todo acto administrativo, podrá ser revisado a pedido de parte interesada por la vía del *proceso*.

En otras palabras: un acto de esencia jurisdiccional (consecuencia de un proceso) sólo es impugnable por la vía del recurso y, agotada ésta, adquiere dos efectos importantes: la *ejecutoria* y la calidad de *caso juzgado*.

En cambio, un acto de esencia administrativa (consecuencia de un procedimiento, no de un proceso) es impugnable por la vía de la acción judicial, y antes de intentada ésta no puede adquirir la calidad de caso juzgado.

LECCIÓN 7

LA COMPETENCIA

SUMARIO

1. Concepto y fundamento de la competencia
2. Pautas para atribuir la competencia judicial
  2.1. Objetiva
    2.1.1. Reglas
      2.1.1.1. Competencia territorial
      2.1.1.2. Competencia material
      2.1.1.3. Competencia funcional
      2.1.1.4. Competencia cuantitativa
      2.1.1.5. Competencia personal
    2.1.2. Excepciones
      2.1.2.1. Prórroga de la competencia
      2.1.2.2. Fuero de atracción
      2.1.2.3. Sometimiento a arbitraje
      2.1.2.4. Conexidad y afinidad procesal
    2.1.3. Caracteres de la competencia objetiva
  2.2. Subjetiva
3. Medios para atacar la incompetencia
  3.1. Objetiva
    3.1.1. Cuestiones de competencia
      3.1.1.1. Declinatoria
      3.1.1.2. Inhibitoria
      3.1.1.3. Requisitos comunes a ambos medios
    3.1.2. Declaración oficiosa
    3.1.3. Conflictos de competencia
  3.2. Subjetiva
    3.2.1. Recusación
      3.2.1.1. Causada
      3.2.1.2. Incausada
    3.2.2. Excusación
    3.2.3. Dispensa
    3.2.4. Actuación posterior
4. Caso especial de la competencia federal
  4.1. Competencia de los tribunales inferiores
    4.1.1. Competencia federal en razón de la materia
    4.1.2. Competencia federal en razón de las personas
    4.1.3. Competencia federal en razón del lugar
    4.1.4. Competencia federal en razón del grado
  4.2. Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
    4.2.1. Competencia originaria de la Corte Suprema
    4.2.2. Competencia funcional de la Corte Suprema

1. EL CONCEPTO Y LOS FUNDAMENTOS DE LA COMPETENCIA

Ya adelanté que debe entenderse jurídicamente por *competencia* la atribución de funciones que efectúa la ley y/o la convención a ciertas personas (siempre *determinadas*) que actúan en carácter de *autoridad* respecto de otras personas (determinadas o indeterminadas) que actúan como *particulares*.

Dicha atribución de funciones puede hacerse *excluyente* o *concurrentemente*.

Expliqué allí que la actividad que necesariamente realiza el Estado para desarrollar y lograr sus fines sólo puede ser cumplida en la realidad de la vida por personas físicas (*funcionarios*) a quienes se encomienda individual o colectivamente y en forma selectiva el deber o la facultad de efectuar determinadas tareas.

Así es como hay una *competencia legislativa* para sancionar las leyes en sentido formal y otra para promulgarlas; hay una *competencia administrativa* para designar personal gubernativo; hay una *competencia notarial* para otorgar la fe pública; hay una *competencia policial* para resguardar la seguridad pública, etc., etc. De aquí que *todo funcionario público tenga otorgada una cierta competencia.*

Los jueces no escapan a esta regla general. De tal modo, cada uno de ellos debe cumplir funciones que están atribuidas por la ley en virtud de distintas pautas que operan algunas veces como *reglas* y otras veces como *excepciones* a esas reglas.

Por eso es que hay también una *competencia judicial* para sustanciar procesos con la finalidad de resolver litigios mediante sentencias y, en su caso, ejecutarlas.

Hasta aquí he explicado una idea lógica que muestra simple y acabadamente el fenómeno descrito a partir de lo que toda persona puede ver en la realidad social.

No tan simples son las disquisiciones doctrinales que se han efectuado sobre el tema, y que parten de una circunstancia errónea que da lugar a equívocos: relacionar en forma exclusiva el concepto de *competencia* con el de *jurisdicción*, cosa que se hace a menudo porque se da a este último vocablo una acepción que no es la técnicamente apropiada.

Así es como se afirma de modo habitual que *la competencia es la medida de la jurisdicción*, estableciendo con ello una relación cuantitativa de género a especie. Creo que esta afirmación muestra algunos errores:

a) en primer lugar, la palabra jurisdicción no se emplea aquí como referida al fenómeno que muestra en esencia una actividad de sustitución, que es elemental y, por ende, insusceptible de ser descompuesta en partículas menores: hay sustitución o no la hay. Y punto.

Por lo contrario, parece que en la antedicha afirmación el vocablo *jurisdicción* refiere al cúmulo de prerrogativas, poderes o facultades que ostenta todo juez.

Y esto no es correcto desde un punto de vista técnico procesal: la jurisdicción *es algo que se hace*, no *algo que se tiene*.

b) En segundo lugar, si se entiende por jurisdicción *la labor de juzgamiento*, ella carece de medida como tal, toda vez que el juez –sometido exclusivamente a la Constitución y a la Ley– es soberano en la evaluación de los hechos, en la interpretación de las conductas y en la elección de la norma jurídica que aplicará a cada caso concreto.

Por tanto, *no existe medida alguna en la actividad de juzgamiento.*

Además, y como ya se ha visto, el concepto de competencia no es propio y específico del derecho procesal, por lo cual no cabe que ningún autor de la materia se adueñe de él, desconectándolo del resto del mundo jurídico; por lo contrario, habrá que usarlo vinculado con ese mundo para estudiar las distintas atribuciones que efectúa la ley o la convención.

Así las cosas, de aquí en más se entenderá por competencia la aptitud que tiene una *autoridad* (juez) para procesar, juzgar y, en su caso, ejecutar la decisión que resuelva un litigio y un *particular* (árbitro) para procesar y laudar.

2. LAS PAUTAS PARA ATRIBUIR LA COMPETENCIA JUDICIAL

Del mismo modo que ocurre con todos los demás órganos estatales, los jueces tienen asignada una cierta competencia cuya explicación y caracterización sólo puede hacerse históricamente: distintas circunstancias políticas o puramente fiscales, la necesidad de privilegiar a algunos sectores de la sociedad, la urgencia para resolver gran cantidad de asuntos justiciables cuyo número excedía la capacidad laborativa de un solo juzgador, etc., hicieron que conforme con las necesidades de la época resultara imprescindible la creación de varios órganos de juzgamiento.

A partir de allí, el soberano debió precisar cuál era el tipo de litigio respecto del cual podía conocer y fallar cada uno de los jueces designados.

No creo que resulte sencillo determinar cómo, cuándo ni por cuál necesidad se atribuyó cada una de las competencias que luego enumeraré.

Pero sí es factible presentarlas conforme con un cierto orden docente luego de que se hallan legisladas.

Como todo ordenamiento precisa de un punto de partida, los autores lo han buscado respecto de este tema siguiendo diversos criterios que lo miran con la

óptica de la *ley* –que no es metódica– o con la correspondiente al *litigio* que debe ser resuelto judicialmente.

Por mi parte, prefiero analizar el tema teniendo en cuenta dos pautas orientadoras que se diferencian perfectamente: las que miran al *litigio mismo* y las que sólo ven la *persona del juzgador.*

Y adopto este método porque creo que es el único que permite presentar congruentemente todos los aspectos *objetivos* y *subjetivos* que se relacionan con el tema y, al mismo tiempo, poner de resalto las distintas vías procedimentales que pueden ser usadas para denunciar una incompetencia.

a) Teniendo en cuenta el *litigio mismo* presentado al conocimiento de un juez, existen diversas circunstancias puramente *objetivas* generadoras de otras tantas competencias y que se relacionan con:

1) el lugar de demandabilidad *(competencia territorial)* (arts. 4 y 5 y LOPJ, 1, 1°; 3, 4, 5 y 6; 15, 31, 58, 60, 70, 74, 77, 80, 83, 84, 87, 90, 93, 96, 100, 106, 109, 115 y 120);

2) la materia sobre la cual versa la pretensión *(competencia material)* (LOPJ, 1, 2°; 17, 33, 44, 47, 51, 54, 59, 68, 69, 72, 76, 79, 82, 86, 89, 92, 95, 98, 102, 108, 111, 117 y 123);

3) el grado de conocimiento judicial *(competencia funcional)* (LOPJ, 1, 3°; 16, 32, 42, 46, 50, 53, 56, 66, 67, 99 y 113);

4) las personas que se hallan en litigio *(competencia personal)* (LOPJ, 1, 4° y 18) ;

5) el valor pecuniario comprometido en el litigio *(competencia cuantitativa* o *en razón del valor)* (art. 3 y LOPJ, 1, 5°; 112 y 124);

6) la circunstancia de haber prevenido un juez primero que otro *(competencia prevencional)* (LOPJ, 1, 7° y 34);

7) la conexión causal existente entre distintos litigios contemporáneos (*competencia por* conexidad, que incluye los casos de afinidad y el fuero de atracción) (LOPJ, 1, 6° y 73)[1];

8) además, cuando son varios los jueces que ostentan una idéntica suma de competencias (territorial, material, funcional, personal y cuantitativa), se hace necesario asegurar entre ellos un equitativo reparto de tareas, con lo cual se crea el *turno judicial* que, sin ser pauta atributiva de competencia (salvo casos excepcionales en los cuales la propia ley le otorga este carácter, tal como ocurre en SFE, ver LOPJ, 1, 8°) puede equipararse a ellas a los fines de esta explicación.

1 Sólo en SFE la conexidad causal es regla atributiva de competencia. En la mayoría de los CPC o LOPJ no se legisla al respecto y la doctrina estudia y presenta el tema como una excepción a las pautas atributivas de competencia.

Las seis primeras provienen exclusivamente de la ley, con excepción de la territorial, que también puede surgir de la convención.

Dado que en todos estos casos la atribución respectiva está otorgada por el legislador, que se halla fuera del Poder Judicial, doy a estas cinco clasificaciones de competencia la denominación *de pautas objetivas externas.*

El turno judicial está regulado –y así debe ser– por el propio Poder Judicial. Por eso es que le asigno el carácter de *pauta objetiva interna.*

En SFE, sus condiciones y trámite están establecidos en LOPJ, 1 y 2.

b) Teniendo en cuenta ahora *la persona del juzgador,* con la subjetividad que le es propia por la simple razón de ser humano, hablaré de *pautas subjetivas* que tienden a mantener aséptico el campo de juzgamiento: las calidades de *impartial, imparcial* e *independiente* que debe ostentar todo juez respecto de todo asunto que le sea sometido[2].

A base de lo expuesto, explicaré seguidamente cómo se determinan las pautas de atribución de la competencia para procesar y sentenciar.

2.1. LA COMPETENCIA OBJETIVA

Es la que surge a partir del contenido del litigio mismo que se lleva a conocimiento judicial.

Veremos seguidamente sus reglas y excepciones.

2.1.1. LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

En razón de que esta obra sólo pretende mostrar el fenómeno procesal en sus notas sistémicas fundamentales y no detallar las diferentes reglas contenidas en las distintas legislaciones, que son contingentes, se verán ahora los grandes lineamientos que orientan el tema en estudio.

2 Este criterio de vincular el concepto de competencia con los aspectos puramente subjetivos de la persona del juzgador no es habitual en la doctrina. Sin embargo, lo aplico en el texto pues me parece adecuado hablar de una *competencia subjetiva,* en orden a las cualidades de imparcial, imparcial e independiente que debe guardar todo juez en la dirección del proceso y en la tarea de sentenciar.

2.1.1.1. LA COMPETENCIA OBJETIVA TERRITORIAL

Todo juez ejerce sus funciones dentro de un límite territorial que casi siempre está perfecta y geográficamente demarcado por la ley: tal límite puede ser el de un país, de una provincia, de una comarca o región, de un partido, de un departamento, de una comuna, etc.

En otras palabras: quien es juez con competencia en la ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, puede ejercer toda su actividad dentro del ejido municipal respectivo, no fuera de él; más tajante aún: quien es juez en Buenos Aires *no lo es* en la ciudad de Rosario. Y viceversa.

Cuando un servicio judicial se halla bien y funcionalmente organizado, existe gran número de demarcaciones territoriales (por ejemplo, una por ciudad), con suficiente cantidad de jueces.

¿Ante cuál de todos ellos debe instar un particular que se halla en conflicto?

Para resolver este interrogante, las leyes procesales establecen desde antiguo *varios lugares de demandabilidad* (art. 4): el del lugar donde *debe cumplirse la obligación* de origen convencional; el del lugar donde *se realizó el hecho, acto o contrato* cuya prestación se reclama (caso de obligaciones convencionales) o el del lugar donde *se realizó el hecho* por el cual se reclama (caso de obligaciones nacidas de delitos y cuasidelitos y de materia penal); el del lugar donde tiene su *domicilio real* quien va a ser demandado o el de cualquiera de ellos si son varios y las obligaciones indivisibles o solidarias. El que no tiene domicilio conocido puede ser demandado donde se encuentre o en el lugar de su último domicilio o residencia (art. 4).

A base de estas pautas, las legislaciones consagran regímenes diferentes: por ejemplo, algunas establecen que en materia de reclamo por obligación convencional el actor debe ir ante el juez con competencia territorial en el lugar donde ella debía ser cumplida; en su defecto, caso de no estar especificado, otorgan al actor un *derecho de opción* para elegir entre otros lugares: el de la realización del hecho o el del domicilio del demandado (CPCN, 5, 3°).

Otras leyes, en cambio, instrumentan sistema diferente: igualan perfectamente los tres lugares recién enunciados y otorgan al actor un amplio derecho de elección entre ellos (art. 4).

En razón de que las reglas básicas antes mencionadas no alcanzan a contemplar todos los supuestos justiciables, las leyes establecen otros lugares de demandabilidad en ciertos casos específicos: por ejemplo, para el juicio sucesorio, es competente el juez del lugar del *último domicilio del causante* (CC, 90, 7°; 3284, 3285 y 3870); para el concurso, el juez del *domicilio del deudor* (art. 5, 1° y LCQ, 3); para la rendición de cuentas de los administradores de bienes ajenos, el del *lugar donde ellas deben presentarse* (art. 5, 2°); para el juicio de divorcio, el juez del lugar del *último domicilio conyugal* (art. 5, 4°); etc.

Ya se verá más adelante que si bien esta competencia está atribuida por la *ley*, puede ser dejada de lado por los particulares por medio de la *convención* (ver punto 2.1.2.1. de esta Lección).

La LOPJ de SFE[3] se ha apartado de la división política departamental y ha creado otra —la circuital— a los efectos propios de la organización del Poder Judicial. Para ello se ha tomado especialmente en cuenta la menor o mayor distancia que existe entre cada localidad provincial y los respectivos centros judiciales.

La ley tiene como punto de partida la *unidad jurisdiccional*, para lo cual adopta el elemento geopolítico *comuna*. A partir de ella, se formar *circuitos judiciales* (la unión de varias comunas), *distritos judiciales* (la unión de varios circuitos judiciales) y *circunscripciones judiciales* (la unión de varios distritos judiciales).

A partir de esos cambios, el *juez de paz lego* pasó a ser el *juez comunal*; el *juez de paz letrado y departamental, juez de primera instancia de circuito*; el *juez de primera instancia en lo civil y comercial, penal, laboral*, etc., *juez de primera instancia de distrito*, etc.

La base siguiente del programa organizativo es la noción de *circuito judicial*, que la ley fija hoy en 36, con sede en todas las cabeceras departamentales y en las principales ciudades de la provincia.

En el art. 4 se determina cuál es cada uno de tales asientos y se detalla cuál es la competencia territorial de cada juez de circuito. Las localidades se enumeran por orden alfabético y se utilizan en el texto respectivo dos palabras a las que se asigna diverso sentido técnico: *incluir* y *extender*. Cuando se utiliza la palabra *incluye*, significa que las localidades que se mencionan a continuación están ubicadas dentro de los límites políticos de la comuna de que se trate. Cuando se utiliza la palabra *extiende*, significa que en las comunas que se mencionan a continuación *no hay juez comunal* y que, por tanto, ellas ingresan dentro de otra competencia territorial.

La enumeración de las Circunscripciones judiciales sigue el orden de antigüedad de los respectivos asientos judiciales: N° 1, Santa Fe; N° 2, Rosario; N° 3, Venado Tuerto; N° 4, Reconquista; N° 5, Rafaela (art. 6).

Tal asignación numérica coincide con la de los distritos –que eran originariamente 14 y hoy ya son 17– y que a partir del N° 6 se enuncian por orden alfabético (art. 5). A su turno, los 14 primeros circuitos coinciden en su designación numérica con la de los distritos. A partir del N° 15, se enuncian también por orden alfabético. De tal modo, el Circuito N° 1 pertenece al Distrito N° 1, el cual, a su turno, pertenece a la Circunscripción N° 1.

3 Ley 10.160 (1988), t.o. Decreto 46/98.

2.1.1.2. LA COMPETENCIA OBJETIVA MATERIAL

Los jueces que ejercen su actividad dentro de un mismo territorio suelen dividir el conocimiento de los diversos asuntos litigiosos de acuerdo con la *materia* sobre la cual se fundamenta la respectiva pretensión.

La atribución de la *competencia material* está hecha a base de necesidades contingentes del lugar en un tiempo dado: en un principio, los asuntos se dividieron en penales y no penales.

Tan simple división acrecentó las posibilidades de otorgar diferentes competencias a los litigios acerca de ellas en la medida en que crecieron las materias jurídicas.

En la actualidad, una clara y persistente tendencia a la especialización judicial –que no es lo mejor para la capacitación del juzgador ni lo óptimo para lograr una adecuada eficiencia del servicio judicial– unida a las necesidades de resolver enorme número de litigios, hace que la competencia material se divida en *civil, comercial, laboral, penal, federal, contenciosoadministrativa,* etc.

Más aún: dentro de estas mismas materias, el campo se amplía: en algunas ocasiones, la ley atribuye competencia en materia de *familia* (LOPJ, 68), *sociedades, responsabilidad civil de origen extracontractual* (LOPJ, 69), *juicios universales, juicios ejecutivos* (LOPJ, 82), etc.

Para conocer cuál es el sistema imperante en un lugar dado, el lector debe ocurrir a la ley que organiza el Poder Judicial.

No existe en la LOPJ una norma que determine de modo expreso la división de la competencia material definida en el art. 1, 2°). Para conocer tal división, el intérprete debe recurrir al contenido de las competencias creadas y determinadas por LOPJ.

1. *Tribunales Colegiados* — Para los Tribunales Colegiados de Familia, v. LOPJ, 68; para los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual, v. LOPJ, 69. En este último caso, v. además, LOPJ, 112.
2. *Jueces de Distrito en lo Civil y Comercial* — Les compete el conocimiento de "todo litigio que versa sobre materia que no está expresamente atribuida por esta ley a otro tribunal" (v. LOPJ, 72).
3. *Jueces de Distrito en lo Laboral* — V. LOPJ, 76. La respectiva competencia corresponde también a los jueces de circuito con asiento en las sedes en que no hay un juez en lo laboral, en cuyo caso corresponde a ellos el conocimiento de esta materia, en tanto el monto demandado no supere el equivalente a 15 unidades jus. A su turno, y a opción exclusiva del trabajador, también es competente en materia laboral el juez comunal, en tanto el monto demandado no supere el valor equivalente a dos unidades jus (LOPJ, 124).
4. *Jueces de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral* — Les corresponde conocer de los mismos litigios que pertenecen a las competencias materiales de los jueces en lo civil y comercial y de los jueces en lo laboral (LOPJ, 79).

5. *Jueces de Distrito de Ejecución Civil* — V. LOPJ, 117, "toda pretensión ejecutiva autónoma" (no fueron puestos en funcionamiento).
6. *Jueces de Distrito de Registro Público de Comercio* — V. LOPJ, 83.
7. *Jueces de Distrito de Menores* — V. LOPJ, 102.
8. *Jueces de Circuito* — V. LOPJ, 111 (locación de muebles e inmuebles, urbanos y rurales, sin límite de competencia cuantitativa; desalojo). No pueden conocer de juicios universales, litigios que versen sobre asuntos de familia y actos de jurisdicción voluntaria (salvo informaciones sumarias a fines previsionales).
9. *Jueces de Circuito de Ejecución* — V. LOPJ, 117 ("toda pretensión ejecutiva autónoma", más competencia cuantitativa).
10. *Jueces Comunales* — V. LOPJ, 123 (contravenciones municipales, comunicación de ciertos hechos a los jueces de distrito; comisión de diligencias ordenadas por los magistrados; autorización de poderes para pleitos y certificación de firmas; etc.).
11. *Cámaras de lo Contencioso Administrativo* — V. LOPJ, 58 y 59.
12. *Corte Suprema de Justicia* — V. LOPJ, 17, particularmente inc. 1° (pretensiones contenciosoadministrativas, en los casos y modos que dispone la ley).

2.1.1.3. LA COMPETENCIA OBJETIVA FUNCIONAL

Habitualmente, la actividad de juzgar es ejercida por una sola persona que, como todo ser humano, es falible y, por ende, puede cometer errores que generen situaciones de injusticia o de ilegitimidad.

Como el acto de juzgamiento tiende precisamente a lo contrario, a *hacer la mejor justicia posible* en un caso concreto mediante la emisión de un pronunciamiento *legítimo con apoyo en la ley*, el posible error judicial que no cumple el postulado básico del sistema debe ser revisable por otro juzgador que, por razones obvias, debe estar por encima del primero y al cual éste ha de subordinársele.

Así es como, en orden a la *función* que cumple cada uno de los jueces, el ordenamiento legal establece –con ciertas restricciones que no es del caso enumerar acá– un *doble grado de conocimiento:* un juez unipersonal de *primer grado* (o de *primera instancia)* emite su sentencia resolviendo el litigio; tal sentencia es revisable –bajo ciertas condiciones que se explicarán luego– por un tribunal (habitualmente pluripersonal) que actúa en *segundo grado de conocimiento* (o en *segunda instancia)* como órgano de control.

Este doble grado de conocimiento judicial recibe la denominación de *ordinario,* significando el vocablo que tanto en el primero como en el segundo, los interesados pueden plantear cuestiones de *hecho* y de *derecho* para ser resueltas.

En los distintos regímenes judiciales argentinos, el conocimiento ordinario de un asunto justiciable se agota con el mencionado doble grado.

De tal modo, la sentencia de segunda instancia es *definitiva* y gana los efectos propios de ella.

Sin embargo, para ciertos casos particulares, la ley amplía el sistema, llevándolo a un *triple grado* de conocimiento ordinario (por ejemplo, cuando la Nación es parte litigante y el pleito versa sobre pretensión monetaria que supera una cantidad determinada) (art. 24, inc. 6°, ap. a], dec.-ley 1285/1958).

Además del conocimiento ordinario, en el orden nacional existe un grado más de *conocimiento extraordinario* en el cual *no pueden plantearse cuestiones de hecho* sino exclusivamente *de derecho* (en Argentina, sólo relativas al orden constitucional, no al derecho común, Ln 48, 14).

Como es imaginable, la función –de aquí el nombre de esta competencia– que cumple el juzgador en cada grado de conocimiento, es por completo diferente:

a) el de primer grado ordinario tiene amplias facultades para interpretar y evaluar los hechos que originaron el litigio y de aplicar a ellos la norma jurídica que estime es la que corresponde al caso, a fin de absolver o condenar al demandado;

b) el de segundo grado ordinario carece de tales facultades: sólo debe decidir acerca de los argumentos que, seria y razonadamente, expone el perdidoso respecto de los argumentos que fundan la sentencia que le fue adversa (regla procesal *no reformatio in pejus*).

Y nótese bien: aunque el juzgador superior no esté de acuerdo con la interpretación que de los hechos ha efectuado el juzgador inferior, no puede variarla si no media agravio expreso del perdidoso en tal sentido;

c) el de tercer grado –ahora ya es extraordinario– debe proceder de modo similar al de segundo grado, con una variante de la mayor importancia: no ha de conocer de cualquier argumento jurídico que presente el agraviado sino sólo de aquel que tenga relevancia constitucional.

Como puede apreciarse, la competencia funcional opera como una especie de embudo invertido: a mayor grado, menor posibilidad cuantitativa de conocimiento material por parte del juzgador.

Y ello es razonable: el Estado cumple con el particular asegurándole la resolución de todos sus conflictos; y para que esto ocurra basta *un solo acto de juzgamiento.*

En razón de que allí puede cometerse un error que genere injusticia o ilegitimidad, se asegura la *posibilidad* –no la *imprescindible necesidad* (que es lo que ocurre en la llamada *consulta*)– de ser revisada por un tribunal superior; sólo que ahora, porque ya se cumplió en primera instancia la garantía de solución, no entrará a juzgar *ex novo* el litigio (que ya fue juzgado), sino a analizar y controlar el razonamiento del juzgador inferior en función de lo que al respecto se agravie el perdidoso. Y con esto el pleito terminó.

Sin embargo, persistiendo el error (ahora sólo por ilegitimidad, ya no por injusticia), se asegura la *posibilidad* –no la *imprescindible necesidad*– de nueva y definitiva revisión, sólo que ahora el juzgamiento se concretará a determinar si el pronunciamiento anterior se adecua o no a las garantías prometidas desde la Constitución.

Cierto es que aun el último juzgador es falible y que, por tanto, puede cometer nuevo error.

Pero hace a la tranquilidad social y a la rapidez y seguridad en el tráfico de relaciones jurídicas que alguna vez los pleitos tengan un fin: tres, cuatro o diez grados de conocimiento, pero uno de ellos debe ser final y definitivo, sin posibilidad de ulterior revisión.

Entre nosotros, ha parecido suficiente el número de grados ya enunciados. Y el eventual error del último tribunal será un fin no querido por el derecho, pero necesario de aceptar –con el sacrificio de unos pocos– para lograr la armonía social de todos.

> La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe es alzada de todos los tribunales inferiores que pueden emitir pronunciamientos definitivos en sede ordinaria (LOPJ, 16), por la vía de Lp 7055.
>
> Cada Cámara de Apelación es alzada de los jueces de primera instancia con igual competencia material y cuantitativa en su respectiva circunscripción judicial (LOPJ, 32). Por ejemplo, la CCCRosario es alzada de los tribunales colegiados, de los jueces de distrito en lo civil y comercial, de los jueces de distrito en lo civil, comercial y laboral y de los jueces del Registro Público de Comercio.
>
> En LOPJ, 66 y 67 se define la competencia funcional del Tribunal Colegiado y del juez de trámite, respectivamente.
>
> Los jueces de circuito son alzada de los jueces comunales con asiento en los respectivos circuitos (LOPJ, 113).

2.1.1.4. LA COMPETENCIA OBJETIVA CUANTITATIVA

En la fluidez de las relaciones sociales pueden originarse conflictos por las más variadas razones, que van desde un grado de importancia suma a otro de importancia mínima.

Por ejemplo, aunque intrínsecamente son conflictos intersubjetivos, parece que mirado de modo objetivo tiene mayor trascendencia económica o social el litigio que versa sobre valioso inmueble que el que se reduce a una docena de naranjas; igual ocurre con el despido de todo el personal de una fábrica respec-

to de la suspensión temporaria de uno de sus obreros; lo mismo pasa si se compara el delito de homicidio con el de hurto de una gallina, etc.

Como el Estado asegura por igual la solución de todos estos conflictos, mantiene estable un servicio público de justicia a un elevado coste que soporta toda la sociedad.

Por razones obvias, la parte proporcional de ese coste que corresponde materialmente a cada litigio, debe estar en relación con la importancia de éste.

De tal modo, en casi todos los lugares se divide la competencia en razón de la *cantidad* o el *valor* sobre el cual versa la pretensión.

Y así, dos jueces que tienen idéntica competencia territorial (por ejemplo, en una misma ciudad) e idéntica competencia material (por ejemplo, en lo comercial), pueden ostentar diferente competencia cuantitativa: sobre la base de una predeterminada *cantidad patrón* fijada por el legislador, uno será de *mayor cuantía* si la excede y otro de *menor cuantía* si no llega a ella.

Parece claro aquí que el valor preponderante en el primer caso será el de la *seguridad jurídica;* en el segundo, los de la *celeridad* y la *economía* en la solución del litigio.

Y es que celeridad y seguridad son valores que nunca pueden caminar juntos: lo que se resuelve rápidamente no es seguro; lo que se decide con seguridad no puede ser rápido.

De ahí que la adopción de un valor vaya necesariamente en detrimento del otro; por ello es decisión política el otorgar o no cierta primacía entre ambos.

Esta tarea corresponde al legislador procesal, quien instrumenta un procedimiento con plazos prolongados y plena posibilidad de defensa, de confirmación y de impugnación en los casos de mayor cuantía, en tanto que establece un procedimiento más breve, con el lógico cercenamiento de posibilidades defensivas, confirmativas e impugnativas en el de menor cuantía.

La actual redacción de LOPJ, 8 establece que "Para asegurar un permanente y adecuado ajuste del monto pecuniario que determina la competencia cuantitativa, esta ley adopta la unidad denominada *jus*, que representa el valor que la Corte Suprema de Justicia establezca prudencialmente".

Para la compleja determinación de estos valores, v. Acordadas de la CSSF (Acta 25, 30.06.04; Acta 37, punto 7, 28.09.05; Acta 45, punto 7, 23.11.05, consultar en: www.poderjudicial-sfe.gov.ar/portal/index.php/web/informacion-general/unidad-jus).

CPC, 3, inc. 3° ha quedado derogado pues la *materia* referida a locaciones y desalojos ha pasado a ser de exclusivo conocimiento de los jueces de circuito (LOPJ, 111, 1°), sin importar la cuantía al efecto.

CPC, 3, último párrafo, ha quedado derogado por la interpretación que cabe hacer de LOPJ, 2: una vez aceptada por el juez y consentida por el demandado la competencia, ya no puede ser revisada de oficio.

De acuerdo con LOPJ, la competencia cuantitativa de los jueces de circuito asciende hasta un máximo de 15 unidades *jus* (LOPJ, 112 y 117); la de los jueces comunales, hasta un máximo de 2 unidades *jus* (LOPJ, 124).

2.1.1.5. LA COMPETENCIA OBJETIVA PERSONAL

Por razones políticas, sociales, fiscales, etc., que son contingentes en el tiempo y en el espacio, puede resultar necesario en un momento y lugar dados atribuir competencia en razón de las *personas* que litigan.

La historia de la España foral muestra ricos y variados ejemplos de ello.

Por expresa disposición constitucional que se origina en la Asamblea de 1813, en la Argentina no existen fueros especiales. Sin embargo, en atención a la persona que litiga, se atribuye una *competencia personal* específica, casi siempre bajo el falaz rótulo de *competencia material.*

Por ejemplo, siempre que la *Nación* es parte en un litigio, debe someter su juzgamiento a ciertos jueces (federales) y no a otros (ordinarios). Los *extranjeros* y los *vecinos de distinta provincia* tienen una competencia de este tipo en la Argentina, país de inmigración y de sistema político federal (CN, 117).

En la provincia de Santa Fe no existe atribución de competencia material en la pretensión de expropiación, salvo cuando el sujeto expropiante es la propia provincia (CP, 93, 3°), caso para el cual se establece una competencia en razón de la *persona provincia,* no de la *materia expropiatoria.*

Tratamiento similar tiene toda pretensión basada en la responsabilidad de los jueces, que debe ser deducida ante un tribunal único, etc.

En el orden provincial, el único tribunal que tiene atribuida una competencia personal es la Corte Suprema: LOPJ, 18 la otorga respecto de los juicios de expropiación incoados por la provincia y los juicios de responsabilidad civil promovidos contra los magistrados que están enunciados en la nómina contenida en LOPJ, 9.

2.1.2. LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

Para un asunto determinado, cualquiera sea, siempre hay un único juez de primer grado que en un momento dado es competente territorial, material, personal y cuantitativamente; sin embargo, cuatro circunstancias excepcionales influyen en modo directo para que él no pueda procesar, resolver o ejecutar lo resuelto en un litigio.

Estas circunstancias constituyen las *excepciones* a las reglas de la competencia objetiva y son: la prórroga de la competencia, el fuero de atracción, el sometimiento a arbitraje y la conexidad jurídica entre distintos litigios.

A todas ellas me referiré seguidamente.

2.1.2.1. LA PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA

En nuestro tiempo, las leyes atributivas de competencia judicial son generalmente *imperativas,* razón por la cual no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de los particulares; de tal modo, ellos carecen de toda facultad para alterar las pautas descritas precedentemente.

Resulta así que en un mismo lugar y en un mismo momento determinado, entre todos los jueces que integran el Poder Judicial *hay uno solo* que es competente en orden al territorio, la materia, el grado, la cantidad, las personas y el turno. Y sólo ante él debe ser presentada la demanda.

La razón que fundamenta esto refiere a que, en la mayoría de los casos, el legislador tiene en cuenta factores de índole diversa que hacen a la mejor convivencia social y que, en definitiva, se traducen en una más eficiente organización judiciaria y en una mejor distribución del trabajo entre los distintos jueces.

Sin embargo, el propio legislador ha considerado necesario privilegiar el interés particular en ciertos casos con el propósito de hacer más fácilmente asequible la defensa de los derechos.

Es por ello que específica y excepcionalmente autoriza desde la propia ley que se alteren las pautas antes explicadas, con lo cual se permite que las partes *desplacen* la competencia de un juez a otro para conocer de un asunto litigioso.

En el lenguaje procesal, este desplazamiento se conoce con la denominación de *prórroga de la competencia judicial* y consiste técnicamente en un acuerdo de los litigantes por virtud del cual no presentan su litigio ante el único juez que es natural e inicialmente competente sino ante otro que no lo es.

La ley acepta que, siempre por voluntad de los propios interesados, la prórroga de competencia puede operar en la *competencia territorial,* cuando el conocimiento de un litigio es llevado al juez de un lugar que no es ninguno de los detallados en carácter de reglas generales en el punto 2.1.1.1. de esta Lección.

Por ejemplo, si una obligación contractual es pactada en la ciudad de Buenos Aires, allí debe cumplirse y allí también se domicilia el deudor, es obvio que el juez territorialmente competente será el de la misma ciudad de Buenos Aires. Sin embargo las partes pueden acordar procesar el litigio ante un juez de la ciudad de Rosario: así se formaliza la *prórroga de la competencia territorial;*

En la Argentina, y en general, las leyes establecen la *improrrogabilidad* de

las competencias *material, funcional* y *cuantitativa.* De tal modo, el carácter imperativo de las respectivas normas hace que ellas no puedan ser dejadas de lado por la voluntad acorde de los interesados.

En cambio, autorizan la *prorrogabilidad* de las competencias *territorial* cuando se trata exclusivamente de litigios que versan sobre intereses patrimoniales transigibles, y *personal,* en los casos de extranjeros y vecinos de diferentes provincias, a quienes constitucionalmente corresponde ser juzgados por la justicia federal y que, sin embargo, pueden someterse a la justicia ordinaria provincial[4].

La prórroga de competencia está sujeta a cinco *requisitos:*

1) que la autoridad a quien se prorroga (es el *juez que se va*) sea un juez competente (no hay prórroga en la actividad de los árbitros);

2) que la autoridad en quien se prorroga (es el *juez que viene*) sea un juez incompetente en cuanto a la competencia prorrogada (por ejemplo territorial), pero competente en cuanto a las demás (por ejemplo, material, funcional, cuantitativa y personal);

3) que haya consentimiento de las dos partes para efectuar la prórroga. Este consentimiento puede ser *expreso* (cuando ambas partes se ponen de acuerdo sobre ello antes de iniciar el proceso) o *implícito* (cuando la parte actora demanda ante un juez incompetente respecto de la pauta prorrogada y la parte demandada no cuestiona la incompetencia);

4) que el litigio verse exclusivamente acerca de cuestiones patrimoniales que puedan ser objeto de transacción;

5) que la ley no atribuya competencia territorial exclusiva y excluyente a un determinado juez pues ello hace, implícitamente, que esta competencia sea improrrogable.

Prorrogabilidad de la competencia en SFE:

a) La *competencia territorial* es prorrogable expresa o implícitamente sólo cuando se litiga en base a derechos transigibles por hallarse en juego intereses meramente privados y que no afectan el interés o el orden público (vgr., juicios penales, de familia, etc., en los que está interesado el orden público), siempre que todos los posibles domicilios de demandabilidad que establece CPC, 4[5] no se hallen ubicados en un mismo distrito judicial distintos de Santa Fe y Rosario. Vgr.: si un

4 Recuérdese que aunque no lo dice la ley, la reiterada jurisprudencia de la CSJN ha establecido que el fuero federal sólo puede ser reclamado por el propio aforado y no por su contrario.

5 Lugar de cumplimiento de la obligación, lugar de realización del hecho, acto o contrato que origina la obligación y lugar de domicilio real del demandado.

litigio tiene tres domicilios diferentes de demandabilidad (el lugar de cumplimiento es Rosario, el de realización del acto es Venado Tuerto y el de residencia del demandado es Reconquista) el actor puede optar potestativamente entre uno de ellos sin implicar prórroga. En cambio, si los tres domicilios se hallan en un mismo lugar, no hay opción posible toda vez que cualesquiera de ellos apuntará inexorablemente hacia idéntico juez. Para demandar ante el de otro lugar se precisa el *acuerdo* base de toda prórroga, y ello sólo es posible cuando desde los centros judiciales de Santa Fe y Rosario se va hacia uno cualquiera de los otros centros, pero no desde éstos hacia aquéllos. Su fundamento radica en la necesidad de afianzar la existencia de un foro asentado efectivamente en los centros judiciales alejados de las grandes ciudades de la provincia.

b) La *competencia material* es siempre improrrogable, con excepción de un solo caso: la que corresponde a los jueces de circuito en el orden civil y comercial. Se trata de los asuntos de locación y desalojo, cuya competencia sólo puede ser prorrogada en forma *expresa*. La prórroga se hace a favor de un juez de distrito en lo civil y comercial. De esta manera, LOPJ, 2, 2°, ap. b) modifica CPC, 2 (en cuanto limita la prorrogabilidad al caso de competencia territorial).

c) La *competencia funcional*, correspondiente al grado de conocimiento judicial, es *siempre* improrrogable, causando nulidad de todo lo actuado la pretermisión de una instancia inferior.

d) La *competencia cuantitativa* es prorrogable sólo hacia un juez de mayor jerarquía (de juez comunal a juez de circuito y de juez de circuito a juez de distrito) pero no a la inversa. Puede ser expresa o implícita.

e) La *competencia por turno* es siempre prorrogable, expresa o implícitamente. En la ciudad de Rosario, esta norma ha sido vulnerada por vía de reglamentación interna del Poder Judicial, a partir de la existencia de una mesa de entradas única.

Las *competencias personal*[6], *prevencional* y por *conexidad* son siempre improrrogables.

2.1.2.2. EL FUERO DE ATRACCIÓN

Hay algunos juicios en los cuales está necesariamente involucrada la totalidad del patrimonio de una persona y que, por tal razón, se conocen con la denominación de juicios *universales* (son: el concurso, la quiebra y la sucesión).

Esta circunstancia hace que resulte menester concentrar ante un mismo y único juez todos los litigios que están vinculados en ciertos aspectos con tal patrimonio del deudor o del causante.

Se produce así un nuevo desplazamiento de la competencia, diferente del antes explicado y que opera *exclusivamente* respecto de pretensiones patrimoniales personales (no personalísimas ni reales) deducidas *en contra* (no *a favor)* del patrimonio cuya universalidad se trata de preservar.

6 Se trata de la competencia personal regulada por LOPJ. En cambio, es prorrogable la competencia personal federal a favor de los extranjeros y de vecinos de distintas provincias.

En otras palabras: abierta una sucesión (CC, 3284) o un concurso (LCQ, 21) o una quiebra (LCQ, 132), los respectivos juicios atraen a todos los procesos que versen sobre materia patrimonial personal y estén pendientes o que se deban iniciar contra la sucesión o su causante y contra el concurso o quiebra y el concursado o quebrado.

No ocurre lo mismo a la inversa: si, por ejemplo, el concurso o el concursado incoa un proceso por medio de quien está legitimado para hacerlo, debe presentar la demanda ante el juez que reúne en sí todas las pautas de competencia, no ante el juez que interviene en el concurso porque en él se trata, simplemente, de administrar un patrimonio y dividirlo proporcionalmente entre sus diferentes acreedores conforme pautas que establece la propia ley.

2.1.2.3. EL SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

Toda persona capaz para transigir puede acordar el sometimiento al juicio de un árbitro de todo asunto litigioso que verse exclusivamente sobre derechos transigibles (CC, 846).

De tal modo, son las propias partes litigantes quienes deciden descartar la respectiva competencia judicial y, por efecto propio de la convención y en razón de que la ley les permite hacerlo, otorgar *competencia arbitral* al particular que eligen para que resuelva el litigio (CC, 1881, 3° exige poder especial al efecto).

Excepcionalmente, la ley dispone supuestos de arbitraje forzoso que, en caso de ser reclamado por uno de los interesados, desplaza la competencia del juez (art. 417).

Esta es la razón por la cual el tema en estudio constituye una excepción a las pautas atributivas de competencia. Volveré sobre el tema más adelante.

2.1.2.4. LA CONEXIDAD Y LA AFINIDAD PROCESAL

Ya expliqué en la Lección 5 cuáles son las distintas figuras jurídicas que surgen de la simple comparación de dos relaciones litigiosas, mediante el espejamiento de sus tres elementos tradicionales: sujetos (actor y demandado), objeto y causa (hecho e imputación jurídica a base de ese hecho).

Recuerdo ahora que el fenómeno de la *conexidad* aparece cuando dos relaciones litigiosas diferentes tienen en común un elemento (conexidad subjetiva, conexidad objetiva y conexidad causal) o dos elementos (conexidad mixta subjetivo-causal y conexidad mixta objetivo-causal).

Recuerdo también que el fenómeno de la *afinidad* aparece cuando dos relaciones litigiosas diferentes no tienen ningún elemento idéntico pero ostentan

uno de los sujetos en común (no los dos) y el *hecho* que es la causa de pedir (no la imputación jurídica que el actor hace a base de él).

Cuando se presenta alguno de estos dos fenómenos, y según el caso, resulta *conveniente* –por razones de economía– o *necesario* –por razones de seguridad jurídica– tramitar y/o sentenciar en un mismo acto de juzgamiento *todas las pretensiones conexas* o *afines*, mediante el instituto de *acumulación de procesos.*

Cuando la acumulación se hace imprescindible y los pleitos penden ante jueces con distintas competencias, uno de ellos debe asumir la del otro, quien no puede menos que ceder ante la exigencia del primero y desplazar el conocimiento del litigio.

Un ejemplo ayudará a comprender el problema: supóngase que Juan demanda a Pedro ante el juez Diego pretendiendo el cumplimiento de un contrato. A los fines de este ejemplo, el juez Diego es el único competente en ese momento en razón del territorio, del grado, de la materia, de las personas y del valor.

En proceso separado, Pedro demanda a Juan ante el juez José pretendiendo la declaración de nulidad del mismo contrato. A los fines de este ejemplo, el juez José es el único competente en ese momento en razón del territorio, del grado, de la materia, de las personas y del valor.

Es fácil de darse cuenta de que las pretensiones antagónicas que recién he referido no deben ser sentenciadas separadamente, pues puede ocurrir que el juez Diego condene al cumplimiento del contrato y que, por su parte, el juez José declare la nulidad del mismo contrato que Diego ordenó cumplir. Y esta situación es verdaderamente caótica y debe ser erradicada a toda costa.

La solución para evitarla es unitaria: que uno de los jueces asuma la competencia del otro por virtud de la conexidad causal que existe entre ambos litigios. No importa por ahora quién es el que en definitiva juzgará las dos pretensiones opuestas. Sobre el tema, las normativas procesales no son pacíficas.

Pero lo que sí importa es que haya *una sola* sentencia en un *mismo* acto de juzgamiento efectuado por un *mismo* juzgador. Y ello se logra sólo desplazando la competencia de uno de los jueces.

Esta es la razón por la cual la conexidad y la afinidad jurídica son *excepciones* a las pautas atributivas de la competencia judicial.

La atribución de esta competencia, hecha en LOPJ, 1, 6°), está específicamente mencionada dentro de la ley en el único caso del art. 73 (competencia a fines de aplicar los efectos establecidos en la Ln 23515 a casos de divorcios decretados bajo la vigencia de la Ln 2393).

La competencia por conexidad o afinidad es improrrogable e inconsentible por las partes. habida cuenta de que halla su fundamento en el principio de *seguridad jurídica* que tiende a evitar la coexistencia de pronunciamientos judiciales contradictorios. Por tal razón, y de darse el caso, es la *única incompetencia declarable de oficio por los jueces* después que las partes consintieron su competencia (v. CPC, 141 y 340, 2°).

2.1.3. LOS CARACTERES DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

De las razones expuestas en los puntos anteriores resulta que la competencia judicial es *indelegable* (art. 1), salvo los supuestos de *comisión* de ciertas y determinadas diligencias que los jueces pueden encomendar a otros con diferente competencia territorial (arts. 93 y ss).

La indelegabilidad no afecta a los supuestos de excepción a las pautas objetivas.

2.2. LA COMPETENCIA SUBJETIVA

Estas pautas tienen en cuenta sólo la *persona* del juzgador, con total y absoluta prescindencia de las que ya he explicado como *pautas objetivas*. Y es que un juez puede ser *objetivamente* competente para conocer de un litigio (en razón de la materia, las personas, el grado, el territorio y el valor) y, sin embargo, no serlo *subjetivamente,* por hallarse comprendido respecto de alguno de los litigantes o de sus representantes o de sus patrocinantes o de la misma cuestión litigiosa en una situación tal que genera un interés propio en el juez para que la sentencia se emita en un cierto y único sentido.

Cuando esto ocurre, el juez pierde su carácter de *impartial* (no parte), o su *imparcialidad* (no interesado) o su *independencia* para actuar libremente y sin ningún tipo de ataduras en la emisión de su pronunciamiento.

Ya adelanté que este problema es de la mayor gravedad y que cuando existe no genera un *debido proceso* sino un simple procedimiento cuya solución jamás podrá ganar los efectos propios de la sentencia dictada luego de un proceso.

Congruente con ello, doctrina –que es obviamente pacífica– y legislación otorgan a los litigantes la facultad de desplazar la competencia del juez objetivamente competente pero subjetivamente incompetente hacia otro juez que sea objetiva y subjetivamente competente (arts. 9 y 10).

Es más: tan grave es el problema que si las partes guardan silencio al respecto –por desconocimiento de la respectiva situación o por cualquier otra circunstancia– la propia ley impone al juez subjetivamente incompetente el *inexorable deber de excusarse* de entender en el litigio (art. 11).

Volveré sobre el tema en el # 3.3.2. de esta Lección.

3. LOS MEDIOS PARA ATACAR LA INCOMPETENCIA

Siendo la competencia uno de los *requisitos de la demanda* y debiendo ser respetada irrestrictamente por los particulares y por los propios jueces (salvo los casos de excepción analizados en el # 2.1.2. de esta Lección), su ausencia en un determinado proceso afecta su utilidad para lograr la composición definitiva del litigio.

Resulta de ello que, en caso de incompetencia objetiva o subjetiva, la ley pone en manos de los interesados y del juez los diversos resortes para atacarla y lograr llevar el pleito ante el juez que es realmente competente.

Desde ya, y a modo de síntesis anticipativa del punto siguiente, adelanto que si la incompetencia es *objetiva* los medios que *pueden* usar los interesados son dos: la *declinatoria* y la *inhibitoria* (art. 6), y uno el que *debe* usar el juez: la *declaración oficiosa* (LOPJ, 2 *in fine*).

Si la incompetencia es *subjetiva,* las partes tienen un solo medio que *pueden* usar: la *recusación,* en tanto el juez tiene otro que *debe* usar: la *excusación* (art. 11).

3.1. LOS MEDIOS PARA ATACAR LA INCOMPETENCIA OBJETIVA

Dos *sistemas* ha instrumentado la doctrina para delimitar los medios de ataque a la incompetencia objetiva y ellos miran a un doble aspecto del problema:

1) *los sujetos que pueden atacar la incompetencia:* existen dos soluciones extremas que admiten variantes intermedias:

1.1) otorgar al *juez* –en todos los casos– el deber de verificar su propia competencia: *incompetencia denunciable de oficio* (art. 138, último párrafo, hoy derogado; LOPJ, 2 *in fine);*

1.2) encomendar *sólo a las partes* el control de la competencia, con la obvia consecuencia de que cuando ellas consienten una incompetencia, nada puede hacer el juez al respecto: *incompetencia denunciable sólo a instancia de parte* (art. 138, 1° y 2° párrafos);

2) *la oportunidad procedimental para atacar la incompetencia:* existen nuevamente dos soluciones:

2.1) el control sobre la competencia puede ser ejercido durante todo el curso del proceso (texto original del art. 138, hoy derogado por LOPJ);

2.2) sólo puede efectuarse en la fase inicial del proceso (LOPJ, 2 *in fine*), extinguiéndose luego la respectiva facultad por virtud de la regla de la *preclusión.*

En cuanto al primer problema, SFE establece un *sistema mixto,* mediante el cual se permite que sean las partes quienes denuncien la incompetencia y, además, el propio juez (aunque, en este último caso, sólo cuando se trata de competencia improrrogable).

Respecto del segundo problema, las legislaciones no son pacíficas. Pero cabe destacar que las más modernas establecen un momento límite y final con carácter preclusivo que cierra definitivamente la posibilidad de alegar la incompetencia o de declararla de oficio: ello hace a elementales reglas de economía, celeridad, seguridad jurídica y seriedad procesal, evita el desborde de la actividad burocrática y brinda tranquilidad a los justiciables.

Sistemas similares han sido ideados para atacar la incompetencia subjetiva, dejando librada la respectiva actividad a las partes y al propio juez, también con limitaciones temporales para poder realizarla.

Ya es factible abordar el tema de

3) Los *medios* para atacar la incompetencia objetiva:

Son dos: 1) las *cuestiones de competencia* y 2) la *declaración oficiosa.* Ambos medios pueden generar *conflictos de competencia.*

3.1.1. LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

Denomínase *cuestión de competencia* a la oposición (cuestionamiento) que realiza el *demandado* respecto de la aptitud (competencia) que posee el juez que dio curso a la demanda presentada por el actor (art. 6).

En razón de que *cuestionar* significa *controvertir una cuestión,* y aunque la doctrina en general no se haya detenido en ello, parece claro que *sólo el demandado* –nunca el actor– puede realizar tal actividad, toda vez que:

1) si el juez se considera incompetente respecto de una demanda, no discute su competencia con nadie: sólo se limita a repelerla;

2) si el actor considera que un juez es incompetente, parece obvio que no presentará ante él su demanda. Quedan a salvo casos excepcionales expresamente previstos en las leyes procesales y que siempre suponen que la demanda será girada, presentada luego o ratificada ante el juez competente. Por ejemplo, la demanda que se presenta al sólo efecto de interrumpir la prescripción o durante el curso de una feria judicial.

Queda en claro, así, que cuando el actor elige a un juez y éste no repele su competencia, *sólo el demandado* puede cuestionarla por una de dos vías posibles: la *declinatoria* y la *inhibitoria.*

3.1.1.1. LA DECLINATORIA

Es el medio acordado por las leyes procesales para que el demandado cuestione la competencia ya admitida por un juez: a tal fin debe presentarse ante él y, deduciendo la *excepción de incompetencia,* solicitarle que cese (decline) en el conocimiento de la causa respecto de la cual lo considera incompetente.

Sus condiciones y trámite están establecidos en los arts. 6 y 7.

3.1.1.2. LA INHIBITORIA

Es el medio acordado por las leyes procesales para que el demandado cuestione la competencia ya admitida por un juez; a tal fin, debe presentarse ante otro juez que no esté conociendo del asunto (he aquí la diferencia sustancial entre ambas vías) pero al cual el demandado considera competente y, deduciendo una *demanda,* solicitarle que declare su competencia (se inhiba) y reclame al juez que está conociendo de la causa que se declare incompetente y cese en su intervención.

Sus condiciones y trámite están establecidos en los arts. 6 y 7.

3.1.1.3. LOS REQUISITOS COMUNES A AMBAS VÍAS

Para la procedencia de la declinatoria y de la inhibitoria, las leyes procesales en general requieren:

1) que no se haya consentido la competencia que se cuestiona (art. 6);

2) que al deducir una de las vías no se haya interpuesto la otra con anterioridad, ya que son excluyentes (art. 6).

3.1.2. LA DECLARACIÓN OFICIOSA DE INCOMPETENCIA

Ya se ha visto en esta Lección que, en general, las leyes procesales imponen a todos los jueces el deber de velar por su competencia, asignándoles el deber de repeler inicialmente el conocimiento de cualquier litigio que exceda sus atribuciones.

Hay sistemas –los menos– que exigen que tal actividad se cumpla en cualquier estado y grado de conocimiento de la causa, por avanzada que ella esté.

Otros, en cambio, establecen un momento final preclusivo a partir del cual la respectiva incompetencia queda definitivamente purgada y ya no es declarable de oficio.

> Conforme a lo dispuesto por LOPJ, 2, *in fine*, en todos los casos en los cuales la prórroga no está permitida, el juez que recibe la demanda *debe declararse incompetente liminar y oficiosamente*. Caso de no hacerlo y, por ende, de admitir el proceso, toca ahora al demandado articular *tempestivamente* (no ya en cualquier momento o grado del proceso) la correspondiente cuestión de competencia. Caso de no hacerlo y, por ende, de consentir ella el demandado, *nadie puede articular la incompetencia con posterioridad y el juez actuante carece de toda facultad para hacerlo de oficio.*

La incompetencia decretada por un juez no vincula al nuevo juez a quien se gira el conocimiento del asunto, a raíz de lo cual *puede repelerla.*

Del mismo modo, la aceptación de una demanda inhibitoria por otro juez tampoco vincula al que ya está conociendo de una causa determinada, quien puede reafirmar su propia competencia y, de consiguiente, responder negativamente al pedido de desprendimiento de la causa.

Ambas circunstancias generan sendos *conflictos de competencia.*

3.1.3. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Denomínase *conflicto de competencia* a la contienda que se plantea entre *dos jueces* cuando ambos emiten sendas resoluciones *coincidentes* acerca de sus respectivas competencias para conocer de un asunto determinado.

Si ambos coinciden en *afirmarse competentes* (adviértase que *sólo uno* de ellos puede juzgar el litigio), se dice que existe un *conflicto positivo;* si ambos coinciden en *afirmarse incompetentes* (adviértase que *algún juez* debe juzgar el litigio), se dice que existe un *conflicto negativo.*

Repárese en que la *coincidencia* aludida es sólo formal pues, en esencia, ella trasunta un desacuerdo ideológico entre ambos jueces, ya que es diferente el criterio que ambos tienen respecto de la regla de competencia que debe regir el caso justiciable.

Como ya se anticipó en el número anterior, un conflicto de competencia nace habitualmente de una *cuestión* de competencia; pero también puede surgir de la *actividad oficiosa* de los jueces, con total prescindencia de la voluntad o del quehacer del demandado (y, obviamente, también del actor en este caso).

Al conflicto *positivo* se llega por:

1) demanda inhibitoria estimada por el juez ante quien se presenta y consiguiente negativa del juez requerido por éste;

2) reclamo oficioso del conocimiento de un asunto, de un juez a otro, por existir fuero de atracción o conexidad de causas que exija que la sentencia que se dicte en una de ellas deba producir en la otra los efectos del caso juzgado. La

hipótesis supone que el juez reclamado o requerido mantenga su competencia y resista el envío de las actuaciones que tramitan ante él.

Al conflicto *negativo* se llega por:

1) estimación por un juez de una excepción de incompetencia (vía declinatoria) y consiguiente denegación oficiosa de competencia por otro juez o, en su defecto, estimación de una nueva excepción de incompetencia. El caso supone que los dos jueces intervinientes se declaren incompetentes;

2) denegación oficiosa de competencia por parte de dos o más jueces lo que, en esencia, constituye denegación de justicia.

Para que el conflicto pueda existir es menester que se cumplan los siguientes *requisitos*:

1) deben coexistir dos resoluciones judiciales coincidentes en la afirmación de competencia o de incompetencia;

2) los jueces en conflicto –y que han emitido las resoluciones coincidentes– deben pertenecer a una misma jerarquía funcional.

En todos los casos, la solución al conflicto de competencia debe darla el *superior común* a ambos jueces.

> V. art. 8. La competencia material para dirimir estos conflictos corresponde a la Corte Suprema (LOPJ, 2) y cámaras de apelación (LOPJ, 33, 1°).

3.2. LOS MEDIOS PARA ATACAR LA INCOMPETENCIA SUBJETIVA

Desde antiguo se afirma por destacado autor que el ejercicio de la tarea de juzgar está integrado por tres actividades particulares, diferentes entre sí, pero que necesariamente deben encontrarse reunidas siempre:

1) planteamiento de los hechos, investigación de lo sucedido, habilidad para destacar lo esencial en lo que puede ser multitud de incidencias y confusas y contradictorias afirmaciones de las partes;

2) hallazgo de la *proposición* jurídica que corresponda aplicar, interpretando el texto de la ley y la voluntad del legislador –que no siempre es clara– de manera de conocer el deseo colectivo y el bien social;

3) aplicación de esa proposición jurídica a los hechos aceptados o confirmados, de acuerdo con su íntimo convencimiento con relación a la verdad que arroje el estudio de la causa.

La primera actividad, puramente histórica y sociológica, se dirige a conocer lo acaecido en el pasado; la segunda, que participa del carácter sociológico y del jurídico, trata de fijar el sentido de la norma y de interpretarla según el espíritu de la totalidad del ordenamiento normativo; el tercero, de orden puramente crítico normativo, se propone juzgar, es decir, decidir el caso concreto.

Para que el juez pueda proceder adecuadamente en esos tres niveles, es indispensable que se halle libre de toda sugestión, directa o indirecta, a fin de que no puedan influir en su espíritu eventuales fuerzas especiales ajenas por completo a su propia actividad –dirigidas a que su decisión se incline en un determinado sentido– sino también a su propio conocimiento de los hechos, que debe ser fruto exclusivo de su esfuerzo elucidatorio acerca de la confirmación producida por las partes en orden a la controversia operada en la causa justiciable.

El tema ya ha sido tratado recurrentemente en Lecciones anteriores, al sostener que la actividad jurisdiccional se realiza válidamente en tanto que el órgano que la actúa sea *imparcial* e *independiente* de las partes en litigio.

Cuando ello no ocurre y, por tanto, el juez es subjetivamente incompetente (aunque sea competente en orden a todas las pautas objetivas), tiene el deber de *excusarse* y las partes el derecho de *recusarlo.*

3.2.1. LA RECUSACIÓN

La recusación es el medio que acuerdan las leyes procesales para atacar la incompetencia subjetiva del juez, aduciendo –o no– la existencia de alguna causal que, de existir, hace inválida la actividad jurisdiccional por presentarlo al juez en situación de *partialidad, parcialidad* o *dependencia* de las partes.

Absolutamente todas las leyes procesales aceptan y regulan la *recusación con expresión de causa,* mencionando de modo expreso las que revelan una incompetencia subjetiva del juez y otras más –en rigor, muy pocas– permiten la *recusación sin expresión de causa.*

Veamos primero el tema referido a

3.2.1.1. LA RECUSACIÓN CAUSADA

Generalmente, las causales de recusación se presentan:

1) respecto de *las partes litigantes,* por hallarse en situación

- de *parentesco* (art. 10, 1°);
- de *predisposición favorable,* por haber recibido el juez o sus parientes beneficio de importancia (art. 10, 7°); o tener amistad que se ma-

nifieste por una gran frecuencia de trato (art. 10, 8°); o haber sido tutor o curador (art. 10, 10°), etc.;

- o *de predisposición desfavorable,* por haber sido el juez denunciante o acusador, denunciado o acusado (art. 10, 4°), o mediar enemistad, odio o resentimiento grave (art. 10, 9°), etc.;
- o de *acreedor, deudor* o *fiador* (art. 10, 3°), salvo caso de bancos oficiales;

2) en cuanto a *otros órganos judiciales* actuantes en el proceso, por hallarse en situación de:

- parentesco el juez superior respecto del inferior (actuación sucesiva) (art. 10, 11°);
- o el juez con otro del mismo grado en tribunal colegiado (actuación simultánea);
- o el juez con alguno de sus auxiliares;

3) con relación al *objeto del pleito,* por hallarse el juez en situación de

- *interés* en el mismo pleito (directo) (art. 10, 2°);
- o en otro semejante (indirecto) (art. 10, 2°);
- o tener sociedad o comunidad con alguno de los litigantes (art. 10, 2°), y

4) por hallarse el juez en situación de *prevención,*

- por tener él (o sus parientes) pleito pendiente con alguna de las partes;
- o haber intervenido como letrado, apoderado, fiscal o defensor (art. 10, 5°);
- o haber emitido opinión como juez (art. 10, 5°);
- o haber dado recomendaciones acerca del pleito (art. 10, 5°);
- o haber dado opinión extrajudicial sobre el pleito, con conocimiento de las actuaciones (art. 10, 5°);
- o haber dictado sentencia como juez inferior (art. 10, 6°);
- o haber sido recusado como juez inferior (art. 10, 6°), etc.

Aunque las *supra* detalladas son las causales generalizadas de recusación, existen otras más que aparecen aisladamente contenidas en alguna ley procesal en particular.

A título ejemplificativo, pueden mencionarse:

- haber tomado el juez participación personal
- o ser testigo presencial de los actos que originaron el proceso;
- tener el juez a alguna de las partes bajo su dependencia;
- haber actuado el juez como perito en el litigio que debe juzgar;
- haber producido el juez, en el mismo expediente, nulidad de procedimiento declarada judicialmente;
- haber dado lugar el juez a una queja por retardada justicia y dejado vencer el nuevo plazo fijado para sentenciar;
- tener el juez interés en un pleito pendiente ante el tribunal del que forma parte, en cuyo caso no debe entender durante el procedimiento en los pleitos en los cuales estuvieren interesados sus colegas; etc.

Como se ve, la comparación de diversos ordenamientos muestra un cúmulo de situaciones que, por razones obvias, no pueden ser *taxativas* (cual suele afirmar una corriente jurisprudencial mayoritaria) ya que la interpretación de los impedimentos subjetivos que hacen que un juez no actúe como tal al procesar o al sentenciar debe ser lo suficientemente amplia como para dar garantía a las partes de que el juzgador es realmente un *tercero* respecto del litigio llevado a su conocimiento.

Tan importante es la cuestión, que numerosas leyes procesales admiten la recusación sin exigir que quien la utiliza exprese la causa en la cual halla su fundamento: es la conocida como *recusación sin causa* o *recusación sin expresión de causa,* que trataré a continuación.

Sus condiciones y trámite están establecidos en los arts. 10, 13, 14, 15, 16 y 17.

> Además de los magistrados mencionados en el art. 10, pueden ser recusados con causa los conjueces (art. 112, *a contrario*); los árbitros (art. 425); los peritos (arts. 190 y 609).
>
> Procede el recurso de nulidad contra la sentencia dictada por juez legalmente recusado (art. 247).

3.2.1.2. LA RECUSACIÓN INCAUSADA

Es el medio que algunas leyes –que no todas– acuerdan a las partes para lograr el apartamiento de un juez respecto del conocimiento de cierto asunto justiciable sin necesidad de explicar la razón o la causa por la cual el recusante no acepta su permanencia en el litigio.

El instituto muestra enorme demérito entre los magistrados judiciales de todas las épocas y lugares y, por influencia de ellos, entre los propios autores de doctrina y legisladores que tratan de suprimirlo en cuanta ocasión pueden hacerlo.

Sin embargo, la figura es justa y de enorme trascendencia práctica: todo abogado con mediana experiencia forense puede imaginar cuán difícil –y hasta riesgoso– puede ser afirmar la notoria ineptitud de un juez, su negligencia habitual, sus prejuicios raciales, su insolvencia moral, su accesibilidad a los favores de los litigantes, la inoperante burocracia instalada en su Juzgado, etc.

Esta amplitud interpretativa en materia recusatoria no es habitual en la ley ni en la doctrina o en la jurisprudencia.

Ya el Conde de la Cañada enseñaba que «los jueces son acreedores de justicia por una presunción poderosa a que se consideren con la integridad y justificación necesarias para llevar las obligaciones de su oficio y, por ello, deben ser tratados con honor en las palabras y en los hechos. Quien recusa a un juez, duda de su integridad y *empieza desde aquí la injuria*, pues le considerá fácil a desviarse del camino recto de la integridad y la justicia..,».

A partir de estas enseñanzas absurdas, la recusación sin causa estuvo siempre rodeada de un halo desprestigiante, máxime cuando es harto conocido que a los jueces no les agrada –en rigor, les molesta grandemente– que los recusen.

Y han sido ellos mismos quienes inspiraron reformas legislativas tendientes a suprimir lisa y llanamente la institución o limitarla en su uso, so pretexto de que ella sólo sirve para entronizar el alongamiento indebido de los pleitos, dando pie a artilugios en los que priva la mala fe.

Y así es como la recusación sin causa ha sido erradicada en gran número de códigos procesales de América.

Afortunadamente, subsiste en CPC SFE, normada en los arts. 9, 14, 15, 16 y 17.

Además de los magistrados mencionados en el art. 9, son recusables sin causa los *jueces de trámite* de los tribunales colegiados (LOPJ, 61) y los *árbitros* designados por sorteo (art. 425).

No son recusables sin causa: los ministros de la CSSF (LOPJ, 12); jueces en caso de recurso de amparo (Lp 10456, 14); jueces de los tribunales colegiados (LOPJ, 61); jueces de menores (Lp 11452, 17); jueces de primera instancia de los circuitos N° 3 a 36 (LOPJ, 110); jueces comunales (LOPJ, 121); jueces de feria (LOPJ, 252); conjueces (art. 112); jueces comisionados (arg. arts. 12 y 17); funcionarios del Poder Judicial (art. 12); peritos (art. 190).

La recusación sin causa no procede en los casos contemplados en el art. 17.

Es anulable la sentencia dictada por juez legalmente recusado (art. 247).

3.2.2. LA EXCUSACIÓN

La excusación es el medio que la ley acuerda al juez para afirmar y demostrar ante las partes en el proceso la ausencia de su competencia subjetiva y se traduce en el *deber* que tiene de apartarse del conocimiento de todo pleito respecto del cual o de sus sujetos intervinientes no puede actuar con plena garantía de la imparcialidad, impartialidad e independencia que requiere una actividad jurisdiccional válida.

El instituto se presenta, así, como la contrapartida o reverso de la recusación: éste es un derecho de los litigantes; aquél, un deber del juez.

En ambos casos el fin es el mismo: desplazar la competencia del juez a quien naturalmente –por acumulación de todas las pautas de competencia objetiva– corresponde conocer de un determinado proceso.

Las causales de excusación son *legales* y *morales* o *íntimas*.

1) Las causales legales

Son las mismas que las leyes procesales enuncian al normar la recusación causada y, por ello, no ocasionan problema alguno al intérprete: cuando se presentan en caso concreto, el juez tiene el deber de excusarse de inmediato.

2) *Las causales morales* o *íntimas*

Son paralelas a las legales y habitualmente no encuadran en las previsiones normativas. Sin embargo, debe entenderse que resultan idóneas para que un juez se autoaparte del conocimiento de un asunto justiciable por existir ciertos motivos de decoro o de delicadeza. Los explico.

2.1) *Motivos graves de decoro*

El decoro es un concepto de enorme latitud: es el honor, el respeto que merece una persona, el recato, la dignidad, la propia estimación y el puntilloso acatamiento que ella hace respecto de los dictados de su propia conciencia, etc.

Por eso es que hiere el decoro una ofensa recibida, del mismo modo que una insinuación malevolente, la sospecha o el desdén de alguien. Mucho más si ello nace de una parte procesal y tiene como destinatario al juzgador.

De ahí que cuando un juez estima que su decoro no le permite actuar en un caso concreto con toda la independencia de criterio que su función le exige, existe una *violencia moral* que no debe ser desconocida por los demás integrantes del sistema judicial.

En centros judiciales –cual ocurre en la Argentina– en los cuales se interpreta que las causales excusatorias deben ser analizadas *restrictivamente* (cosa que no dice la ley), estos motivos de apartamiento no son aceptados por todos los jueces.

Por ello, hay veces en las que el subrogante legal del juez excusado cuestiona la causal que dio motivo a la excusación y, al negarla, le impone a aquél el deber de seguir actuando en el expediente respectivo.

Esto no es bueno para el sistema. Casi de inmediato diré por qué.

2.2) *Motivos de delicadeza personal*

Por la amplitud de su pensamiento, cito acá al gran maestro oriental de todos los tiempos cuando enseñaba que la delicadeza está tomada, en cuanto al tema, no en su sentido directo de finura, ternura o suavidad, sino de escrupulosidad y de miramiento.

De donde resulta que, así considerada, la delicadeza constituye un grado superlativo del decoro: el honor y la propia estimación llevados a su grado extremo.

Al igual que el supuesto anteriormente mencionado, debe ser aceptado como genuina y correcta causal de excusación.

Sus condiciones y trámite están establecidos en el art. 11.

3.2.3. LA DISPENSA DE LA CAUSAL DE EXCUSACIÓN

La sola excusación del juez no siempre produce el efecto de su inmediato apartamiento de la causa justiciable. Y es que la parte que hubiera podido invocar la respectiva causal para recusarlo puede otorgar una *dispensa* de la excusación, con lo cual ésta *debe tenerse por no operada.*

A los efectos de la dispensa, las causales recusatorias (o excusatorias) se clasifican en:

a) absolutas: parentesco, relación de crédito, interés, actuación como letrado, apoderado, defensor, fiscal, haber dado recomendaciones acerca del pleito, parentesco de jueces de sucesivos grados de conocimiento, y

b) *relativas:* haber sido el juez testigo, perito, denunciante, acusador, denunciado o acusado, haber dictado sentencia como juez inferior, haber recibido beneficios de importancia, tener amistad o enemistad.

En los ordenamientos legales que aceptan la posibilidad de dispensar (cual el de SFE, 11), sólo puede hacerse ello respecto de las causales relativas, no de las absolutas (art. 10, 1°, 2°, 3°, 5°, 10° y 11°).

3.2.4. LA ACTUACIÓN POSTERIOR

Similarmente a lo que ocurre en materia de competencia objetiva, la aceptación de la recusación o la excusación de un juez no vincula sin más al juez a quien se desplaza el conocimiento de la causa justiciable, ya que éste puede negarse a recibirla so pretexto de que la recusación fue inoportuna, hecha por quien no podía recusar, o en tipo de juicio en el cual no cabe el instituto, o de que la excusación carece de fundamento legal o de hecho que la sustente adecuadamente.

Cuando se presenta esta oposición, se formaliza entre los jueces un *conflicto negativo* de competencia en los términos que ya han sido explicados en el #3.1.3. de esta Lección.

4. LA COMPETENCIA FEDERAL

Habida cuenta de la organización federal de nuestro país (CN, 1), las provincias establecen su propio poder judicial (CN, 5) al que compete entender de todos los casos respecto de los cuales no medie delegación expresa (CN, 121). Esa competencia se denomina *ordinaria* o *común*, en contraposición a la *competencia federal*, a cargo del Poder Judicial de la Nación (Corte Suprema de Justicia de la Nación y tribunales federales inferiores), limitada a los supuestos previstos en CN, 116, 117 y 75, 30°. Se trata de una competencia *de excepción* (pues no cabe su ejercicio fuera de los casos explícitamente contemplados en la Constitución), *privativa* (y, consecuentemente, excluyente de la justicia provincial ordinaria) e *improrrogable* (salvo caso de la competencia personal).

En CN, 116 se dispone que "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

En CN, 117 se agrega: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".

Varias leyes nacionales han reglamentado estas cláusulas constitucionales, delimitando así la competencia federal de la Corte Suprema y de los tribunales federales inferiores.

4.1. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES INFERIORES

La competencia en las materias civil, comercial y contenciosoadministrativa de los jueces federales con asiento en las provincias está reglamentada en Ln 48, 2 y Ln 13998, 48 y 55 inc. b), c) y d) (DL 1285/58, 51).

4.1.1. COMPETENCIA FEDERAL EN RAZÓN DE LA MATERIA

a) *Competencia federal en causas especialmente regidas por la Constitución Nacional* (CN, 116; Ln 48, 2, 1°; Ln 1893, 111, 1°)

En este caso, es necesario que el derecho en cuya virtud se demanda se encuentre *directa e inmediatamente* fundado en una norma constitucional. La mera invocación de una cláusula constitucional violada (cual la propiedad o la defensa en juicio) no basta, pues en la medida en que los códigos comunes tienden, en gran parte, a reglamentar o hacer efectivos derechos constitucionales, aquel criterio comportaría una limitación inadmisible de la competencia de los jueces provinciales.

b) *Competencia federal en causas especialmente regidas por leyes del Congreso* (CN, 116; Ln 48, 2, 1°; Ln 1893, 111, 1°)

Se trata de las leyes sancionadas por el Congreso en ejercicio de las facultades previstas en CN, 75, esto es, leyes dictadas para todo el territorio de la Nación y que no estén comprendidas en la denominada "legislación común" (CN, 75, 12°, códigos civil, comercial, penal, minería, del trabajo y de la seguridad social).

Revisten ese carácter, por ejemplo, las leyes sobre telecomunicaciones, patentes de invención, marcas de fábrica, aduanas, impuestos y contribuciones nacionales, etcétera y, en general, aquellas que reglamentan servicios, instituciones y actividades que se extienden a todo el territorio de la Nación (Banco Central de la República Argentina, Banco de la Nación, Banco Hipotecario Nacional, la ANSES, la AFIP, la ex Yacimientos Petrolíferos Fiscales, etcétera).

c) *Competencia federal en causas especialmente regidas por tratados con las naciones extranjeras* (CN, 116; Ln 48, 2, 1°; Ln 1893, 111, 1°)

Al igual que en los casos anteriores, el derecho invocado debe estar *directa e inmediatamente* fundado en el tratado internacional.

d) *Competencia federal en causas de almirantazgo y jurisdicción marítima* (CN, 116)

Se trata de causas vinculadas con actos que han tenido lugar en el mar o con actos y contratos de la navegación.

En la Ln 48, 2, 7° a 10° y Ln 1893, 111, 6° a 9° se explicitan algunos casos: todas las causas a que den lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempos de guerra; las que se originen por choques o averías de buques, o por asaltos hechos o por auxilios prestados en alta mar, o en los puertos, ríos y mares en que la República tiene jurisdicción; las que se originen entre los propietarios o interesados de un buque, sea sobre su posesión o sobre su propiedad; las que versen sobre la construcción y reparos de un buque; sobre hipoteca de su casco; sobre fletamentos y estadía; sobre seguros marítimos; sobre salarios de oficiales y marineros; sobre salvamento civil y militar; sobre naufragios; sobre avería simple y gruesa; sobre contratos a la gruesa ventura; sobre pilotaje; sobre embargos de buques y penas por violación de las leyes de impuestos y navegación; sobre nacionalidad del buque y legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles; sobre arribadas forzosas; sobre reconocimientos; sobre abandono, venta y liquidación de créditos del buque; sobre cumplimiento de las obligaciones del capitán, tripulantes y, en general, sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y el comercio marítimo.

También se consideran "causas de almirantazgo y jurisdicción marítima" las "causas emergentes de la navegación interjurisdiccional, o que puedan considerarse conexas a éstas" (Ln 20094, 515).

e) *Competencia federal en causas regidas por el derecho aeronáutico*

Las causas regidas por el derecho aeronáutico [Ln 13998, 55, b) y 42], que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y los delitos que puedan afectarlos (Ln 17285, Código Aeronáutico, 198), son de competencia federal.

f) *Competencia federal en causas concernientes al transporte terrestre*

Se trata de las causas concernientes a hechos, actos y contratos relativos a los medios de transportes terrestres (p. ej., fundadas en CCom, 184), con excepción de las pretensiones civiles por reparación de daños y perjuicios causados por delitos o cuasidelitos [Ln 13998, 55, b) y 42].

En lo que concierne a los jueces federales de las provincias, el conocimiento de estas causas está supeditado a la circunstancia de que ellas versen sobre hechos, actos y contratos relativos a los medios de transporte que liguen a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una provincia, dos provincias entre sí, o un punto cualquiera de la Nación con un Estado extranjero y, además, que la pretensión se funde directa e inmediatamente en normas dictadas por la Nación en ejercicio de CN, 75, 13°.

4.1.2. COMPETENCIA FEDERAL EN RAZÓN DE LAS PERSONAS

a) *Competencia federal en causas en que la Nación es parte* (CN, 116; Ln 48, 2, 6°; Ln 1893, 111, 5°)

Es competente la justicia federal (con algunas salvedades respecto de la competencia en la Ciudad de Buenos Aires) para conocer de todos los litigios en los cuales la Nación o alguna de sus entidades descentralizadas o autárquicas, cualquiera sea el carácter en que actúen o la naturaleza del pleito, sea parte actora o demanda.

Asimismo, compete a la justicia federal continuar conociendo de un juicio suscitado entre particulares a partir del momento en que comparece una entidad nacional citada como tercero en la causa, desde que tal actitud –al margen de que la sentencia pueda eventualmente ejecutarse contra esa entidad– tiene la virtualidad de convertirla en parte.

La competencia federal establecida en razón de la persona (la Nación o sus organismos) es renunciable a favor de la justicia provincial. Por tanto, los particulares carecen de interés jurídico para oponerse a la prórroga, que puede ser expresa o tácita.

b) *Competencia federal en causas en que litigan vecinos de diferentes provincias (distinta vecindad)* (CN, 116; Ln 48, 2, 2°)

Es competente la justicia federal con asiento en las provincias para entender de "las causas civiles en que sean partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra".

Se entiende por *causas civiles* no sólo las que nacen de estipulación o contrato, sino también las regidas por el derecho común, es decir, aquellas en que se discuten relaciones jurídicas de derecho privado.

La Ln 48, 11 establece que la *vecindad* en una provincia "se adquirirá para los efectos del fuero, por la residencia continua de dos años, o por tener en ella propiedades raíces, o por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer".

La *distinta vecindad* requiere que ambas partes sean *ciudadanos argentinos* (caso contrario, el eventual fuero federal obedece a la extranjería) y ha sido instituida como un beneficio a favor del vecino de una provincia distinta de aquélla en la cual

se deduce la pretensión, pues el fundamento de la norma reside en el posible favoritismo del juez con relación a la parte que se domicilia en el lugar de su competencia. De igual modo, no procede la competencia federal cuando ninguna de las partes es vecina de la provincia en la que tramita el pleito.

Finalmente, la competencia federal por distinta vecindad es prorrogable por las partes y no juega en los procesos universales.

c) *Competencia federal en causas en las que litigan nacionales y extranjeros (distinta nacionalidad o fuero de extranjería)* (CN, 116; Ln 48, 2, 2°)

Es competente la justicia federal para entender de "las causas civiles en que sea parte un ciudadano argentino y uno extranjero". La norma no rige en la Ciudad de Buenos Aires (Ln 13998, 41, a) y consagra un privilegio a favor del extranjero que puede renunciarlo expresa o tácitamente. De tal suerte, no procede el fuero federal en juicio entre extranjeros y no puede ser invocado por el argentino demandado ante un juez provincial.

d) *Competencia federal en causas que versan sobre negocios particulares de cónsules y vicecónsules extranjeros* (CN, 116; Ln 13998, 55, c) y Ln 1893, 111, 3°).

La competencia se circunscribe a los "negocios particulares", toda vez que las causas concernientes a sus funciones de carácter público son competencia de la Corte Suprema en instancia originaria y exclusiva (DL 1285/58, 24, 1°). El privilegio corresponde a los funcionarios de carrera y no se extiende al personal del consulado.

4.1.3. COMPETENCIA FEDERAL EN RAZÓN DEL LUGAR

Se trata de una competencia vinculada a los poderes otorgados al Estado nacional por CN, 75, 30°, reformado en 1994: "... dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

4.1.4. COMPETENCIA FEDERAL EN RAZÓN DEL GRADO

Las cámaras federales con asiento en el interior del país ejercen una competencia territorial más amplia que la correspondiente a los jueces federales de primera instancia, siendo algunas de ellas tribunales de alzada respecto de juzgados que funcionan en distintas provincias (p. ej.: la Cámara Federal de Rosario es alzada de los juzgados federales con asiento en Rosario, Santa Fe y San Nicolás de los Arroyos).

La competencia por razón de la materia de esas cámaras también es más extensa, por cuanto tienen atribuciones para conocer directamente de ciertos recursos interpuestos contra resoluciones dictadas por organismos administrativos.

En cambio, por razón del valor, la competencia de las cámaras es más reducida que la de los jueces de primera instancia, habida cuenta de la limitación del monto del agravio prevista en CPCN, 242, 3°.

4.2. COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación actúa en función de su competencia *originaria* o *apelada* (ver, para ambas, CN, 116 y 117; DL 1285/58, 24; Ln 15271; Ln 17116; Ln 21708; Ln 24463).

4.2.1. COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

a) *Causas suscitadas entre dos o más provincias* (DL 1285/58, 24, 1°)

La competencia originaria de la CSJN corresponde independientemente de la naturaleza de las pretensiones (salvo cuestiones de límites que debe resolver el Congreso; CN, 75, 15°).

b) *Causas civiles suscitadas entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros* (DL 1285/58, 24, 1°)

Para ser competencia origina de la CSJN, la causa debe revestir carácter *civil*, entendiéndose por tal las que se rigen por el *derecho común*. En cambio, no son de competencia originaria de la CSJN las causas cuya solución depende, fundamentalmente, del conocimiento de cuestiones regidas por preceptos de naturaleza local.

c) *Causas suscitadas entre una provincia y un estado extranjero* (DL 1285/58, 24, 1°)

También en este caso debe prescindirse de la naturaleza de la cuestión, pues la competencia se determina sólo *ratione personae*.

d) *Causas concernientes a embajadores y ministros diplomáticos* (DL 1285/58, 24, 1°)

Se trata de causas concernientes a embajadores o ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la delegación y a los individuos de su familia, pero siempre que los afecten directamente por debatirse en ellas derechos que les asisten o porque comprometen su responsabilidad. Antes de dar curso a pretensiones contra esas personas, es menester requerir del embajador la conformidad de su gobierno para someterlas a juicio. El privilegio no se extiende a los individuos de la familia del personal de la embajada que tenga carácter diplomático.

e) *Causas relativas a cónsules y vicecónsules extranjeros* (DL 1285/58, 24, 1°)

Se trata de causas "concernientes a cónsules extranjeros seguidas por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil o criminal".

4.2.2. COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA CORTE SUPREMA

a) *Competencia extraordinaria*

Se trata de la competencia que asume cuando conoce por la vía del recurso extraordinario federal (Ln 48, 14 y Ln 4055, 6) y en los recursos directos por denegatoria de aquél (DL 1285/58, 24, 2° y 4°).

b) *Competencia ordinaria*

La CSJN es competente para entender de los recursos de apelación ordinaria contra las sentencias definitivas de las Cámaras Nacionales de Apelación en los siguientes casos:

b.1) causas en que la Nación sea parte y el valor disputado en último término, sin accesorios, sea superior a determinada cantidad de pesos;

b.2) extradición de criminales, reclamados por países extranjeros;

b.3) causas a que dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles (DL 1285/58, 24, 6°).

También, de los recursos directos por denegatoria de las apelaciones ordinarias (DL 1285/58, 24, 4°).

Finalmente, compete a la CSJN el conocimiento de las quejas por retardo de justicia en contra de las cámaras nacionales de apelación (DL 1285/58, 24, 5°) y de los conflictos de competencia entre jueces que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos; asimismo, la decisión sobre el juez competente en los casos en que su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia (DL 1285/58, 24, 7°).

LECCIÓN 8

EL PROCESO COMO MÉTODO

SUMARIO

1. Concepto de *proceso*
2. Naturaleza jurídica
3. Iniciación y desarrollo
4. Objeto
5. Presupuestos
6. Clasificación
7. Concepto de *debido proceso*
8. Imperativos jurídicos

1. EL CONCEPTO DE *PROCESO*

La voz *proceso* es otra de las tantas que se utilizan de forma multívoca en el lenguaje corriente y, particularmente, en el mundo jurídico.

Castizamente, significa *acción de ir hacia adelante* y *transcurso del tiempo* y *conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno*, etc. En su aplicación forense, se utiliza para designar a una *causa penal*, a un *conjunto de actos sucesivos de procedimiento*, a un *expediente* (conjunto de documentos o *dossier*), etc. Y, con mayor tecnicismo, la doctrina en general afirma que el proceso es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente y, también, que es un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución del conflicto.

Como se puede ver con facilidad, las acepciones que predominan son equívocas: cuando se utiliza la palabra *proceso* para designar a un *expediente* o a los actos sucesivos y concatenados que forman o integran *un procedimiento*, no está haciéndose referencia a la idea puramente lógica que se ha elaborado en el curso de esta obra a partir de la Lección 2.

Si se acepta que la ciencia del derecho procesal halla su exclusivo punto de partida en el concepto inconfundible de la *acción procesal* caracterizada como *instancia de necesaria bilateralidad* (tal como se adelantó en la Lección 4, será sencillo de aceptar también que el proceso no es otra cosa que una *serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad* (juez o árbitro).

Ya expliqué que se entiende por *serie* el conjunto de elementos relacionados entre sí y que se suceden unos a otros, en concepto que contiene numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente: habitualmente se habla de las series *aritmética* (1-2-3-4-5), *geométrica* (2-4-8-16-32), *alfabética* (a-b-c-d-e), *cronológica* (*mensual:* enero-febrero-marzo-abril y *semanal:* lunes-martes-miércoles-jueves), *musical* (do–re–mi–fa-sol–la), etc., utilizando al efecto una idea de fácil comprensión por todos.

Los ejemplos recién referidos ostentan una característica particular: no obstante que un elemento de la serie sucede necesariamente a otro en la composición del total, puede ser extraído de ella para tomar vida propia.

En otras palabras: el significado de cualquiera de tales elementos no varía, ya sea integrando o no la serie que compone. De consiguiente, un número dado –el tres, por ejemplo– ostenta siempre idéntica característica conceptual, ya se encuentre solo o detrás del dos y delante del cuatro.

Pero jugando con la idea se puede ver algo más importante: si se toman dos elementos de la serie y se los extrae de ella, pueden combinarse entre sí logrando resultados diferentes: si se escogen el 1 y el 2, por ejemplo, se los aísla y combina, puede formarse el 12 y, aún más, el 21 al presentarlos invertidos.

Lo mismo puede hacerse con la serie alfabética: si se aislan la A y la Y, por ejemplo, y se las combina, pueden lograrse palabras con distinto significado según cómo se antepongan los elementos: AY - YA.

No ocurre cosa igual con una serie *lógica,* porque ella puede presentarse *siempre* sólo de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al que muestra la propia serie.

Para la mejor comprensión de ello, repárese en que lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir *cuatro fases* (ni más, ni menos) en el siguiente orden: afirmación - negación - confirmación - alegación (recordar la explicación dada en la Lección 1).

Si se intenta aislar el elemento *negación,* por ejemplo, carecerá de todo sentido si no se lo vincula con una previa afirmación.

Lo mismo ocurre si se extrae el elemento *confirmación,* ya que la respectiva actividad no puede ser explicada sin una afirmación negada.

Finalmente, a idéntico resultado se llega si lo que se separa es el elemento *alegación:* no tendrá sentido alguno si no se lo vincula a una confirmación de la afirmación negada.

En otras palabras: el carácter *lógico* de la serie se presenta irrebatible a poco que se advierta que las fases del proceso son sólo las que deben ser –por una lógica formal– y que se hallan colocadas en el único orden posible de aceptar en un plano de absoluta racionalidad.

De tal forma, la mención de las palabras *serie consecuencial,* significa que debe respetarse un orden dado de cierto número de elementos que exhiben la particular característica de ser cada uno el *precedente lógico del que le sigue* y, a la inversa, de ser cada uno el *consecuente lógico del que le precede.*

La serie consecuencial así concebida está formada por *instancias* de las partes en litigio: *acción* del actor y *reacción* del demandado, con una peculiaridad propia que nace del concepto mismo de la acción procesal: cada instancia (acción o reacción) debe ser *necesariamente bilateral,* lo que significa que debe ser conocida por la parte que no la ejercitó a fin de poder afirmar, negar o confirmar lo que sea respecto de ella.

Insisto vehementemente en la formulación de la serie, ya tantas veces enunciada en el curso de la obra:

1) no es factible comenzar un proceso sin ejercitar una acción (mediante una demanda conteniendo una pretensión para ser satisfecha por el demandado o reo).

Cuando ocurre cosa distinta (por ejemplo, iniciación de la serie por el propio juez, lo cual acaece en el sistema inquisitivo) *no hay* proceso lógicamente concebido. Habrá sí un simple procedimiento pero no una instancia que reúna a tres personas en una relación dinámica (cosa que en materia penal sólo se presenta dentro del sistema acusatorio);

2) tampoco es posible evitar la fase de negación, que es la que permite al demandado oponerse a la pretensión del actor. Si ello ocurriere, triunfaría sin más la simple versión de los hechos y/o del derecho dado por el propio pretendiente, a quien se privilegiaría por diversas razones que no son atendibles en orden a la razón de ser del proceso;

3) jamás podría evitarse la fase de confirmación, pues una afirmación negada no pasaría de ser una simple manifestación de la voluntad del actor, inatendible como tal;

4) por último, es lógicamente imposible cercenar la fase de alegación o de evaluación, pues en ella la parte que confirmó su afirmación intenta mostrar al juzgador cómo lo ha logrado, uniendo muchas veces extremos que pueden pasar inadvertidos hasta para ojos avizores distintos de los del propio interesado.

Sin embargo, varias legislaciones contemporáneas han eliminado a este paso de la serie so pretexto de que así se gana en economía y en celeridad (v.gr., CPCN, 498, inc. 5°; no procede la presentación de alegatos en el juicio sumarísimo). A mi juicio, ello constituye un pecado gravísimo: en homenaje a la celeridad se ha destruido la idea lógica de proceso, con miles de años de antigüedad y vigente en todos los países del orbe.

Para finalizar: ya he advertido acerca de las diferencias que existen entre *proceso* y *procedimiento:* en tanto éste constituye el *género* (ya que es el objeto propio de todas las instancias) aquél es la *especie* (ya que es el objeto propio y específico de la acción procesal). De consiguiente, todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez.

Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la *bilateralidad de todas las instancias* de las partes.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

En la tarea de explicar la *esencia* misma de todas las figuras y fenómenos del Derecho, los juristas se preocupan desde siempre por estudiar y analizar si un determinado instituto encuadra en una *categoría mayor general* con el objeto de que, si así es, resulten aplicables las normas reguladoras de ésta en caso de carencia legislativa (laguna de la ley).

De tal modo, por ejemplo, si se afirma que *el proceso es esencialmente un contrato* –cosa que no es exacta, como luego se verá– se tiene en miras el aplicar supletoriamente al fenómeno *proceso* las disposiciones legales propias del género *contrato.*

En el campo del derecho procesal, no ha sido posible escapar a esa regla constante de la doctrina, que ha elaborado las más variadas teorías para intentar definir cuál es la *esencia del proceso.*

No es tarea sencilla el hacer una clasificación de todas ellas, habida cuenta de que responden a patrones disímiles y, en algunos casos, insólitos.

Un primer criterio clasificatorio de algunos autores tiene su origen en la búsqueda de la categoría general en el derecho civil (privatistas), en tanto que algunos más lo hacen fuera de éste (publicistas); otro criterio clasifica entre doctrinas empíricas, teorizantes y atípicas, etc.

No creo necesario efectuar un inventario detallado de todas las corrientes interpretativas que han generado las doctrinas recién mencionadas. A sólo título informativo diré aquí que al explicar la naturaleza jurídica del proceso se ha sostenido que es un contrato de *litiscontestatio;* un cuasicontrato de *litiscontestatio;* una relación jurídica pública y continua; una situación jurídica; una pluralidad de relaciones jurídicas; un estado de ligamen; un estado de pendencia; un servicio público; una reproducción jurídica de una interferencia real; una entidad jurídica compleja; una institución; un medio para obtener satisfacción jurídica; una empresa; etc., etc. Y para mayor complicación –y desesperación– del estudioso, dentro de cada una de algunas de las corrientes apuntadas se han establecido nuevas diferencias que, por supuesto, llevan a los autores a polemizar circularmente y sin resultado final y positivo.

He afirmado en párrafo anterior que toda esta búsqueda ha perdido interés académico pues, a partir de que se ha concebido a la acción procesal como una instancia necesariamente bilateral, el proceso (objeto de aquélla) adquirió una *categoría propia* que no puede ser subsumida en otra categoría general.

De tal modo, *el proceso es proceso.* Y punto. Lo que lleva a sostener que *no es un contrato*, que *no es un cuasicontrato*, que *no es una relación*, etc.

En otras palabras: para explicar la esencia de la serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es impartial, imparcial e independiente, no es preciso buscar su encuadramiento en otra figura del Derecho en razón de que es un fenómeno único en el mundo jurídico y, por ende, inconfundible por irrepetible.

3. LA INICIACIÓN Y EL DESARROLLO DEL PROCESO

Ya se ha visto antes que el proceso, como idea lógica, sólo puede ser iniciado por el ejercicio de la *acción procesal,* típica instancia de parte que no puede ni debe ser suplida por el juzgador.

De tal modo, cuando la discusión verse sobre pretensión no penal, el acto idóneo para comenzar el desarrollo de la serie será la *demanda;* y el mismo acto se denominará *acusación* cuando el debate recaiga acerca de pretensión penal.

Descarto así la iniciación (y el impulso) *de oficio* u *oficiosa,* que surge del espontáneo querer del propio juez: tal cosa es propia de un procedimiento y no de un proceso. Ya me he referido largamente al tema al argumentar en contra

de los fundamentos y las bases del *sistema inquisitivo,* tan arraigado todavía en las legislaciones americanas que desconocen supinamente la normativa constitucional que las condiciona y genera.

A partir de la presentación de la demanda ante la autoridad (juez o árbitro) surge para ella un claro deber procesal de *proveer* a su objeto: iniciar un proceso.

Para ello, la autoridad ha de hacer un juicio de *admisibilidad* estudiando si se dan en la especie *todos* los presupuestos de la acción y de la demanda que enumero en las Lecciones 4 y 17.

De ser ello así, la autoridad (juez o árbitro) *admitirá* (en lenguaje procesal, *admitir* significa dar curso) la demanda, fijando con claridad el tipo de procedimiento (ordinario, sumario, etc.) mediante el cual se desarrollará la serie y, al mismo tiempo, ordenando que se efectúe la *citación* del demandado para que comparezca al proceso.

En otras palabras: la autoridad se limita a *conectar* al actor con el demandado, que deberá asumir su papel procesal por la sola voluntad de la ley, que es la que lo vincula inmediatamente al proceso (debate) y a su objeto (la sentencia, con sus efectos).

De aquí en más, la autoridad realizará siempre *actos de conexión,* generando *cargas* (ver el # 8 de esta Lección) a ambas o a alguna de las partes en litigio.

Como se verá luego, toda *carga* contiene tres elementos que la caracterizan como tal: una orden, un plazo para cumplir lo ordenado y un apercibimiento (advertencia) acerca de lo que habrá de ocurrir al interesado si no cumple lo ordenado.

Se infiere de ello que toda posibilidad de *acción* supone una de *reacción*. De tal modo, el legislador que prevé el desarrollo de una serie procedimental debe normar distintos efectos para ambos casos: si se cumple o no.

En razón de que los efectos propios de la inacción son cambiantes en los diferentes códigos y de que excedería el contenido de esta obra si efectuare aquí un extenso desarrollo del tema, me concretaré a continuar la exposición desde la óptica de la acción: así, en la exposición que sigue y con simple finalidad docente, acepto *ab initio* que la parte interesada cumple siempre con las cargas impuestas por la autoridad.

Aclarado el tema, la serie continúa su desarrollo con la *comparecencia* del demandado, a quien ahora cabe otorgarle la posibilidad de negación (resistencia a la pretensión o contestación).

A este efecto, la autoridad ordena conferirle *traslado de la demanda* para que diga lo que desee respecto de la pretensión deducida.

Con esta conexión se inicia la fase procesal de negación, durante la cual el demandado puede abstenerse, someterse u oponerse.

Como es obvio, cada actitud generará distintos efectos, que son contingentes en las legislaciones. De allí que, para conocer adecuadamente el tema, el lector deba ocurrir a la norma respectiva.

Ya que la actitud lógica –y habitual– es la de oposición, la autoridad se enfrenta ahora con una afirmación negada, por cuya razón tendrá que ser confirmada de acuerdo con ciertas reglas que se explicarán más adelante.

A este efecto, la autoridad inicia la siguiente fase procesal (de confirmación), *abriendo a prueba la causa* (en el lenguaje legal).

A partir de allí, las partes a quienes incumba efectuar la confirmación de una afirmación negada tendrán que *ofrecer* sus medios de confirmación, *lograr* que la autoridad los *admita* y *ordene su producción*, que se efectúen las notificaciones necesarias y que cada medio *se produzca* efectivamente.

Terminada toda esa actividad o antes, por el simple vencimiento del plazo acordado para desarrollarla (consecuencia de la preclusión procesal), la autoridad *clausura* la fase de confirmación y da inicio a la de *alegación,* disponiendo que las partes *aleguen* (o presenten conclusiones) acerca del mérito confirmativo de cada uno de los medios producidos durante la etapa anterior.

Habiendo ambas partes alegado, la autoridad da por finalizado el desarrollo de la serie utilizando al efecto una fórmula casi ritual: *llama autos para sentencia,* con lo cual quiere decir que de aquí en más las partes dejarán de emitir instancias y que la propia autoridad dictará la sentencia heterocompositiva del litigio.

Por supuesto, este desarrollo de la serie es ejemplar: no se han incluido los posibles incidentes o accidentes que pueden acaecer durante su curso; no se ha detallado cómo cambia el procedimiento de la serie en el supuesto de inacción; no se ha previsto la presencia contemporánea o sucesiva de distintos sujetos en la posición de parte procesal, etc.

No obstante, creo que ya cabe tener una idea bastante exacta de lo que ocurre cuando se utiliza al proceso como medio universal de debate y que puedo insistir –hasta el cansancio– en que el fenómeno jurídico descrito es inédito en el mundo del Derecho. Tanto, que no aparece en parte alguna de toda su extensión.

También me permite reiterar que el desarrollo de la serie es de ineludible cumplimiento, cualquiera fuere la materia en debate.

De ahí que lo que las leyes llaman *juicio penal* es *proceso* en tanto no lo es lo que se denomina *instrucción* (que constituye un *simple procedimiento* maguer lo practique un juez).

Con el desarrollo presentado, el proceso finaliza en el primer grado de conocimiento.

Si quien resulta perdidoso en la sentencia decide impugnarla por alguna de las razones posibles al efecto, la serie recomienza: nuevamente una necesaria fase de afirmación (ahora se denomina *expresión de agravios*), una de eventual negación (*contestación de los agravios*), una de confirmación y otra de evaluación (ambas de carácter excepcional). Y otra vez el cierre mediante el llamamiento de autos. Y ahora la sentencia de segundo grado.

Esto ocurre invariablemente en todos los grados de conocimiento judicial.

4. EL OBJETO DEL PROCESO

La lectura de varias obras de derecho procesal revelará rápidamente que los autores asignan al vocablo *objeto* diferentes significados.

Lo más corriente es que se le otorgue el mismo contenido que al de la palabra pretensión: y así se dice que *el objeto del proceso es la materia que se discute durante su desarrollo.*

Pero tal óptica –aceptada expresamente en el texto de alguna legislación europea– ha generado largas polémicas doctrinales con el fin de precisar en forma adecuada el contenido del vocablo. Tanto es así que existen obras íntegramente dedicadas a elucidar el tema, que aún continúa siendo motivo de conflictos autorales.

Según el método de explicación seguido aquí, que parte de la actividad efectivamente cumplida en la realidad con la mira puesta en la obtención de un resultado, habrá que dar a la palabra *objeto* su cuarta acepción castellana: *fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación.*

Cuando se produce el litigio, el actor pretende algo del demandado y éste le opone resistencia. Y como ello ocurre en el plano jurídico del proceso, es de suponer que fue imposible autocomponer el conflicto desatado en el plano de la realidad social.

Como el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquél es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia.

La aceptación de esta idea traerá aparejadas numerosas e importantes consecuencias que se verán en el curso de la obra: por ejemplo, si la sentencia es el objeto del proceso, lógicamente no puede integrar su concepto. Y esto se ve claramente cuando se advierte que la sentencia –acto de autoridad– no integra la serie procesal ya vista antes.

De ahí que no quepa considerar a la sentencia como un *acto procesal.* Simplemente, *es una norma jurídica* que ha perdido sus caracteres de general y abstracta al contener ahora una declaración particular con nombre y apellido de sus destinatarios.

Por supuesto, el proceso no siempre cumple o llega a obtener su objeto, toda vez que el litigio puede disolverse antes de la sentencia (por ejemplo, las partes autocomponen el litigio; el simple transcurso del tiempo extingue el proceso; etc.).

5. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO

Para la mejor comprensión del tema que sigue, de por sí complicado y que, además, explicaré en forma no ortodoxa, debo hacer una previa referencia no habitual en su tratamiento: para que las partes procesales puedan lograr una adecuada y efectiva heterocomposición del litigio debatido en el proceso, habrán de obrar siempre al mismo tiempo transitando una doble línea paralela: a) la *línea de eficacia,* que se presenta dentro del marco estricto de la pura actividad de procesar; y b) la *línea de eficiencia,* que tiende a la resolución del litigio (el contenido de la sentencia).

Razonablemente, es de desear que todo actor que cuenta con razón jurídica suficiente en el conflicto que afirma mantener en el plano de la realidad, obtenga luego del trámite procesal una sentencia que resuelva el litigio en forma favorable a su pretensión.

Pero la experiencia jurídica demuestra hasta el hartazgo que muchísimos pleitos se ganan o se pierden por motivos puramente procedimentales, desvinculados por completo de la razón o sinrazón que se tenga en cuanto al conflicto mismo.

Esta verdad que todo el mundo conoce, muestra una solución de convivencia que es social e individualmente disvaliosa. Para no llegar a ella, cada una de las partes procesales debe cumplir *eficazmente* la línea procedimental proyectada por el legislador: de nada vale que el actor –por ejemplo– tenga toda la razón en la realidad, si afirma mal su litigio o si no confirma oportunamente su afirmación, o si consiente un pronunciamiento adverso por no impugnarlo en el plazo correspondiente, etc.

En forma paralela, el mismo actor del ejemplo citado no debe olvidar que el objeto del proceso no es mantener *sine die* la discusión sino obtener una sentencia que sea favorable a su interés, adecuándose así a los términos reales del conflicto.

Para ello, ha de actuar *eficientemente* en la línea respectiva: afirmando en su demanda los hechos que acaecieron en la realidad, confirmando ellos con los medios adecuados, utilizando argumentos jurídicos que respondan al tipo de derecho pretendido, etc.

Como puede advertirse con facilidad, se trata de tareas obviamente diferentes: en tanto que respecto de la *línea de eficacia,* por ejemplo, el interesado debe ofrecer los medios confirmatorios dentro del plazo acordado al efecto por la ley, en la *línea de eficiencia* debe procurar que el medio de confirmación ofrecido sea hábil y suficiente para acreditar los hechos afirmados y lograr así el convencimiento del juzgador para fallar en un sentido y no en otro.

De tal modo, la línea de eficacia se relaciona con el *desarrollo del proceso*, en tanto que la línea de eficiencia lo hace con la *emisión de la sentencia.*

Esta distinción explica el diferente contenido que asigno a los presupuestos de las tareas de procesar y sentenciar, como se verá en el lugar oportuno.

Téngase presente de ahora en más que haré constante referencia a algunos "presupuestos" que se vinculan con la línea de eficacia y a otros más que se relacionan sólo con la línea de eficiencia.

Ahora sí comienzo la explicación puntual del tema que menciono en el título de este parágrafo con otra presentación del tema, diferente a la habitual, teniendo en cuenta que se trata a la postre de construir un verdadero *sistema* que funcione siempre de la misma manera, sin importar al efecto la opinión que tengan sobre él quienes deben aplicarlo.

Y en esta tarea referiré a lo que doctrinalmente se conoce con el nombre de *condiciones.*

El vocablo *condición* refiere a *toda situación o circunstancia indispensable para que algo sea u ocurra.*

Sistémicamente –y respecto de todo acto procesal– parece importante definir siempre tres circunstancias que se relacionan con:

1) el origen o razón del acto (su *porqué*);

2) su realización (sus *qué, cómo, cuándo* y *dónde*) y

3) su objeto (su *para qué*),

pues sin respuesta adecuada a tales interrogantes es imposible comprender cabalmente un curso procedimental sistémico.

A base de esta idea, las condiciones en general pueden ser:

a) *previas* o *anteriores* a la realización de cualquier acto del proceso (hacen al *porqué* del acto): son los que en esta obra se denominarán *supuestos precedentes.*

Ejemplos: el supuesto precedente de la demanda es la afirmada existencia de un conflicto; el de la contestación de la demanda, es su admisión por el juez; el de la apertura de la etapa de confirmación, es la existencia de hechos controvertidos por las partes; el de la alegación, es que haya algún medio confirmatorio producido sobre el cual recaiga la tarea de evaluar; el de la sentencia, la providencia consentida de *autos para resolver* un proceso regularmente llevado y no un mero procedimiento; etc.

Sin el respectivo *supuesto precedente* queda sin basamento y sin razón de ser la realización de todo acto procesal y de la emisión de la sentencia. Si bien se mira, generalmente hace a la *existencia* misma del acto como tal;

b) *actuales* o coincidentes con el momento de realización del acto (hacen al *qué* y al *cómo, cuándo y dónde* del acto): son los *requisitos* necesarios de cumplir para la admisibilidad del tipo específico de actividad que corresponda al caso.

Aquí se trata de determinar qué tipo de acto es el que corresponde al desarrollo de la serie y de saber cómo, cuándo y dónde debe ser hecho.

Ejemplos: la demanda debe ser presentada ante juez competente, redactada por escrito, explicando detalladamente quién, qué, a quién y por qué se demanda, etc.; la contestación de la demanda debe contener una negativa puntual de los hechos afirmados por el actor; el ofrecimiento de algún medio confirmatorio debe respetar acabadamente las exigencias legales existentes sobre el tema, etc.

Sin el cumplimiento del respectivo *requisito*, el acto *no es admisible* (salvo que la ley disponga alguna solución alternativa). Si bien se mira, generalmente hace a la *eficacia* (o *validez*) del acto como tal.

Adviértase que al declararse la admisibilidad de un acto cualquiera, se convierte automáticamente en el *supuesto precedente* del acto que sigue en la serie procedimental. Ya se verán ejemplos de ello;

c) *futuras* o *inminentes*: son las que refieren a lo que se obtendrá (*objeto*) con la admisión de uno o de varios actos (hacen al *para qué* de ellos) y que en esta obra se denominarán *supuestos consecuentes.*

Ejemplos: el objeto del proceso (su supuesto consecuente) es el dictado de la sentencia si no se da antes una autocomposición de las partes. De la misma forma, y teniendo en cuenta el *para qué del acto,* al *admitir la demanda* el juez debe bilateralizar la instancia de acción para que pueda ser controvertida la pretensión: a tal fin es menester que establezca el tipo de trámite procedimental que usarán las partes para litigar; al conceder un recurso de alzada, debe establecer su *efecto* para determinar si la sentencia impugnada puede o no ser cumplida mientras dura el trámite impugnatorio; etc.

Hagamos ahora un repaso metódico y repetitivo de todo el tema para facilitar su comprensión a partir del acto *contestación de demanda*:

a) el *supuesto precedente* de la contestación de la demanda es la admisión de la demanda por el juez;

b) los *requisitos* de la contestación de demanda están contenidos en el art. 142;

c) el *supuesto consecuente* de la contestación es lograr el convencimiento favorable del juez al momento de sentenciar. Pero, además, si la contestación de la demanda controvierte los hechos expuestos por el actor, ello se convierte en el *supuesto precedente* del acto siguiente:

d) la apertura del plazo para confirmar los hechos sobre los cuales no hay acuerdo de las partes, cosa que hará el juez dictando la respectiva resolución que cumpla los requisitos generales de toda decisión judicial;

e) el *supuesto consecuente* de la apertura del período confirmatorio es habilitar el cumplimiento de la actividad propia de la etapa;

f) su apertura será ahora el *supuesto precedente* de la proposición de los medios con los cuales las partes intenten convencer al juez de la veracidad de sus dichos. Y así, sucesivamente con todos los actos de procedimiento ya descritos con anterioridad.

Finalmente: mirando al proceso desde la óptica de la actividad cumplida en su desarrollo, cabe concluir que las condiciones (los *presupuestos*) no son de *todo el proceso* sino de *la iniciación de cada una de sus etapas* ya expresadas precedentemente.

De ahí que me aparto deliberadamente del tratamiento corriente del tema, omitiendo así hacer en esta obra una explicación *unitaria*. Por lo contrario, prefiero insertar el estudio particularizado de los distintos presupuestos al ocuparme de cada uno de los conceptos fundamentales que los exhiben.

Como las etapas del proceso son cuatro que se suceden consecuencialmente en procura de la sentencia, analizaré el tema respecto de ello:

a) los de la etapa de *afirmación* (iniciación del proceso), divididos en dos momentos que sólo son idealmente separables: los presupuestos de la *acción* que ya se vieron en la Lección 4 y los de la *demanda*, que se verán en la Lección 17;

b) los de la etapa de *negación* (ya en el desarrollo del proceso): presupuestos de la *contestación* de demanda;

c) los de la etapa de *confirmación* (continúa el desarrollo del proceso): que se dividen cronológicamente en presupuestos de la *apertura* de la etapa, del *ofrecimiento* y de la *producción* de los distintos medios aportados por las partes;

d) los de la etapa de *alegación* (termina el desarrollo del proceso): presupuestos de la alegación sobre el mérito de las confirmaciones efectuadas por las partes;

e) los de la *sentencia* (objeto del proceso): que también se dividen idealmente en presupuestos de *toda sentencia* y de la *sentencia estimatoria* de la pretensión.

Quien conoce el tema advertirá que amplío notablemente el campo propio de la materia, así como que esta apertura expositiva requiere de otra explicación previa: la *iniciación* del proceso exige una *acción procesal;* para que ésta exista como tal y, por ende, para que logre su objeto de obtener un proceso, es menester que se cumplan *conjuntamente* las condiciones que le son propias y que se analizarán luego.

Caso de faltar una sola de ellas, no habrá propiamente acción y, por ende, *no habrá proceso.* El tema se vincula, así, con su *existencia* como tal.

No ocurre igual con las etapas sucesivas de negación, confirmación y alegación ni con la sentencia: aquí habrá que distinguir claramente dos aspectos de la cuestión que se conocen como *eficacia* y *eficiencia.*

Posteriormente, y en sucesivas Lecciones, referiré las condiciones propias de cada una las etapas antedichas.

6. LA CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS

Este es un título que aparece integrando los índices de todos los libros escritos sobre el tema.

Cuando se lee el contenido que le ha dado el respectivo autor se descubre pronto que, cualquiera sea el criterio de clasificación que se aplique, no se refiere al *proceso como tal* sino a la *pretensión* deducida o al *procedimiento* previsto por el legislador para tramitar una determinada pretensión.

Y así, se distingue entre:

1) procesos *judicial* y *arbitral,* teniendo en miras la naturaleza pública o privada de la autoridad que actúa;

2) procesos *contenciosos* y *no contenciosos,* queriendo mostrar que en unos existe litigio y en otros no;

3) procesos *declarativos, ejecutivos* y *cautelares,* apuntando al resultado que pretende lograr el actor;

4) procesos *ordinarios* y *especiales,* haciendo ver las diferencias de la actividad de cognición del juez en cuanto a la pretensión deducida; y

5) procesos *singulares* y *universales,* señalando que en éstos está en juego todo el patrimonio de una persona y en aquéllos no.

A mi juicio, estos criterios clasificatorios son erróneos pues parten de una premisa equivocada, producto de la milenaria confusión que existe en la doctrina acerca del significado de los vocablos utilizados.

Conforme a lo que ya se ha definido como *proceso,* y remarcando nuevamente ahora que aparece como un fenómeno único en el mundo jurídico, resulta obvio que su concepto permanece inalterable no obstante que la autoridad ante la cual se inicia y desarrolla sea un juez o un árbitro (en ambos casos la serie opera en forma idéntica).

De ahí que no quepa efectuar tal clasificación pues la idea de proceso es unitaria y, por ende, inclasificable.

Idéntica acotación cabe efectuar respecto de los siguientes criterios apuntados precedentemente.

En efecto: la idea de *proceso* es inseparable de la de *litigio,* de donde resulta que –en los términos utilizados habitualmente– *todo proceso es contencioso* (en el sentido de que existe una contienda: litigio).

De ahí también que no quepa hablar en modo alguno de *proceso no contencioso* (o acto de jurisdicción voluntaria) que obviamente *no es proceso* sino simple procedimiento desarrollado entre quien insta y la autoridad que recibe el instar.

Tampoco cabe clasificar entre procesos *declarativos, ejecutivos* y *cautelares.* Entre los dos primeros, porque el concepto de proceso permanece indiscutiblemente inalterable en razón de que en ambos se da –o debe darse– el desarrollo integral de la serie. Resulta así que lo que distingue a este criterio de clasificación es el *procedimiento* –más o menos largo y expeditivo– normado para tramitar un proceso.

Por lo demás, el llamado *proceso cautelar no es proceso,* toda vez que en su desarrollo no se presenta la idea lógica expuesta recurrentemente en estas Lecciones: y es que todo lo relativo a las *cautelas* (ver Lección 28) constituye siempre un simple procedimiento por la sencilla razón de que la respectiva petición no debe ser necesariamente bilateralizada antes de obtener el dictado de una resolución al respecto.

Lo mismo cabe decir en cuanto a los llamados procesos *universales* en los cuales el juez actúa como un simple *administrador* y no como autoridad llamada a resolver un litigio.

Debe quedar en claro respecto de los supuestos últimamente mencionados que siempre existe la posibilidad de la aparición de un litigio durante el curso del procedimiento: a partir de allí *habrá proceso* (por ejemplo, el embargado que no fue oído antes de la traba de la medida cautelar pretende su inmediato levantamiento; un acreedor demanda la verificación de su crédito en la sucesión de su deudor; etc.).

De consiguiente: la denominación del tema en estudio debe ser erradicada de los textos de doctrina ya que resulta equívoca al clasificar el fenómeno *proceso* otorgando a la palabra que lo denomina el significado de *procedimiento* o de *juicio* o de *pretensión,* ninguno de los cuales exhibe su preciso valor técnico.

Reiterando: la idea de proceso es única y, como tal, indivisible e inclasificable.

7. EL CONCEPTO DE *DEBIDO PROCESO*

Ya adelanté bastante sobre el tema al explicar la Lección 3, donde mostré la vinculación que este concepto abstracto tiene con los sistemas de enjuiciamiento conocidos como acusatorio e inquisitorio.

Deseo ahora insistir en algunas de las ideas entonces vertidas, como forma de remarcar su importancia en este lugar, pues aquí toca hacer la precisa explicación del punto.

Desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución,* las cartas políticas del continente no incluyen –en su mayoría– la adjetivación *debido,* concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio.*

Recuerdo ahora que ya mencioné que el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales, dice en su parte pertinente que no podrá "someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso judicial*".

Al igual que las de otros países, la Constitución argentina no menciona la adjetivación *debido,* lo que ha hecho decir a prestigioso tratadista que se trata de una *garantía innominada.*

Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso,* haciéndolo *siempre negativamente:* y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el que –por ejemplo– se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto

se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia local, podría decirse que el debido proceso:

- supone el *derecho a la jurisdicción,* que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia,
- implica el *libre acceso* al tribunal,
- y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada),
- la determinación previa del *lugar del juicio* y
- el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua;*
- comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones,*
- adecuado a la *naturaleza del caso justiciable*
- y *público,*
- con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende

- el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes
- y el de que el juzgador se *atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la sentencia, comprende el derecho de

- que sea dictada por un *juez objetivo, imparcial e independiente,*
- que emita su pronunciamiento en forma *completa:* referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable,
- *legítima:* basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales,
- *lógica:* adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común,
- *motivada:* debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y
- *congruente:* debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria,* cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas,* inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia.

Y así, *una sentencia es arbitraria* cuando no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o decide acerca de cuestiones no planteadas, o contradice constancias del proceso, o incurre en autocontradicción, o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o prescinde de prueba decisiva, o invoca jurisprudencia inexistente, o incurre en excesos rituales manifiestos, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o incurre en autocontradicción, etc.

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la idea *lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de *perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, impartial, imparcial e independiente).

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios, que explicaré en la Lección siguiente.

Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

8. LOS IMPERATIVOS JURÍDICOS DEL PROCESO

En la concepción privatista del Derecho se ha mostrado siempre la correlación existente entre el contenido de las voces *derecho* y *obligación,* adoptándose habitualmente esta última para aplicarla con una extensión que no condice con su concepto.

Desde el Derecho Romano se entiende por *obligación* al vínculo jurídico existente entre dos personas, mediante el cual una puede *constreñir* a la otra al

cumplimiento de una prestación adeudada. La palabra *constreñir* ostenta en el caso una importancia fundamental, pues su significado –tanto en latín como en castellano corriente y jurídico– revela que alguien puede compeler por la fuerza a otro para que haga o ejecute alguna cosa.

Ya se vio que el demandado puede perfectamente adoptar una actitud de *abstención* defensiva; y ello resulta por completo lógico y congruente con el sistema, toda vez que su derecho de defensa opera en forma plena mediante el otorgamiento de la *simple posibilidad de audiencia,* sin que resulte imprescindible (por ejemplo, salvo ciertos casos y con algunas salvedades doctrinales, en materia penal) su efectiva comparecencia y la adopción de una actitud de defensa positiva (contradicción).

Va de suyo, así, que nadie puede ser *constreñido* –por el uso de la fuerza– a defenderse procesalmente si no quiere hacerlo.

De ahí que la palabra *obligación* no resulte correctamente utilizada cuando se la vincula con la actividad de instar.

El descubrimiento no es novedoso. Antes bien, señalado por uno de los más grandes estudiosos del derecho procesal, generó el concepto de *carga,* que refiere a una situación de necesidad de realizar una determinada actividad para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal.

Por obvias razones de método y de comprensión del fenómeno, este nuevo concepto tiene que ser correctamente diferenciado de otros dos de uso corriente: *deberes* y *obligaciones.*

1) *Deberes:* son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene toda parte procesal y los terceros ajenos a ellas respecto de la autoridad (por ejemplo, las partes *deben* litigar conforme al principio de moralidad; los terceros tienen el *deber* de testimoniar la verdad; etc.) y ésta respecto de aquéllas (por ejemplo, el juez *debe* resolver oportunamente el litigio; *debe* excusarse mediando causal, etc.).

Se presentan siempre en el *plano vertical* del proceso (el que va desde las partes hacia el juez y viceversa) y su incumplimiento es *sancionable* (por ejemplo: a la parte procesal que litiga con malicia, se la multa; al testigo que miente, se lo detiene y se le imputa la comisión de delito; al juez que no sentencia en plazo, se lo apercibe o se lo multa; etc.).

2) *Obligaciones:* son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene una parte procesal respecto de la otra.

En las legislaciones vigentes no hay otro ejemplo que el pago de las costas y multas en carácter de constricción *(astreintes).*

Se presentan siempre en el *plano horizontal* del proceso (el que va desde una parte hacia la otra y viceversa) y su incumplimiento es *constreñible* mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado luego de un proceso (por ejemplo: el actor ejecuta su acreencia declarada por sentencia y el juez desapodera al deudor).

Excepcionalmente pueden presentarse en el plano vertical, cuando una legislación determinada establece que las costas causadas por la declaración de nulidad de una actuación deben ser soportadas por el propio juez que la consumó (art. 254).

3) *Cargas:* son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, una parte tiene respecto de sí misma (imperativo del *propio interés)* (por ejemplo: comparecer al proceso, contestar la demanda, confirmar lo afirmado que fue negado, evaluar lo confirmado, etc.).

Se presentan siempre en el *plano insular* que envuelve a cada una de las partes litigantes y su incumplimiento no es sancionable ni constreñible: el incumpliente sólo pierde una facultad, derecho o chance por falta de ejercicio oportuno de la actividad requerida.

Como éste es un concepto propio del derecho procesal, conviene establecer desde ahora la forma en la cual opera.

Siempre que la autoridad efectúa *actos de conexión,* lo hace a fin de dar oportunidad a una de las partes para que haga o diga lo que quiera respecto de la instancia ejercida por la otra.

A este fin, emite una orden que debe ser cumplida en un plazo previamente determinado por la ley o por la propia autoridad, en su defecto, con el *apercibimiento* (advertencia) del efecto contrario al interés de su destinatario, para el caso de que no la cumpla en el tiempo dado.

De tal modo, y como ya lo anticipé, toda carga contiene tres elementos necesarios para que sea tal: una orden, un plazo y un apercibimiento.

LECCIÓN 9

LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS PROCESALES

SUMARIO

1. El problema
2. Principios procesales
3. Reglas técnicas del debate procesal
4. Reglas técnicas de la actividad de sentenciar
5. Sistemas procesales

1. EL PROBLEMA

La doctrina generalizada acepta que se entiende por *principios procesales* las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

Es en este tema donde puede apreciarse cabalmente y en toda su magnitud la idea de *alternatividad* que ya he esbozado en la Lección 2: como el contenido de las normas jurídicas implica la solución legal a un conflicto de convivencia, es posible que cada problema que nazca a raíz de ella genere distintos interrogantes en orden a buscar respuestas que, naturalmente, pueden ser antagónicas.

De ahí que el legislador deba *optar* siempre por *una* de por lo menos *dos* soluciones. Por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la necesidad de legitimar o no a las uniones de parejas; si lo hace debe optar nuevamente entre regular la unión en forma homo o heterosexual; si elige esta última, ha de escoger ahora una de tres posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier caso, debe decidir luego entre aceptar o no la disolución del vínculo matrimonial, etc., etc.

Del mismo modo, para regular el proceso como medio de debate, el legislador debe elegir alguna de las alternativas que se le presentan como posibles respuestas para solucionar los interrogantes que pueden formularse al respecto: 1) ¿quién debe iniciar el proceso? 2) ¿quién lo impulsará? 3) ¿quién lo dirigirá? 4) ¿habrá que imponer formalidades para el debate? 5) en su caso, ¿cómo se discutirá en el proceso? 6) ¿quién y cómo lo sentenciará? 7) ¿qué valor tendrá lo sentenciado?

Insisto en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y todas las posibles respuestas se conocen procesalmente con el nombre de *principios*.

Y naturalmente, el legislador optará por la que se halle acorde con la filosofía política que lo inspira.

Véanse ahora ejemplos de las diferentes soluciones:

1) *¿Quién inicia el proceso?*

El legislador puede otorgar la correspondiente facultad a las partes o al propio juez.

Doctrinalmente, el problema origina lo que habitualmente se denomina *principio de iniciativa* (ya se verá más adelante que esto no es un principio) que opera procedimentalmente por *presentación de parte* o por *investigación judicial;*

2) *¿Quién impulsa el proceso?*

La opción será la misma: las partes (origina lo que corrientemente se denomina *principio dispositivo*) o el juez (*principio inquisitivo*).

Ya se verá luego que no son *principios* sino *sistemas;*

3) *¿Quién dirige el proceso?*

Mantendrá idéntica opción: las partes (consecuencia del *principio dispositivo*) o el juez (recibe la denominación de *principio de autoridad judicial*);

4) *¿Se imponen formalidades para desarrollar el debate?*

Puede responderse que no es necesario (*principio de libertad de formas*) o que si lo es (*principio de legalidad de las formas*);

5) *¿Cómo se hace la controversia?*

Corresponde determinar:

a) si se exigirá una discusión efectuada con probidad, lealtad y buena fe (*principio de moralidad*) o si se permitirá la añagaza y la artería procesal que, en definitiva, implicará aceptar el "derecho" de la fuerza en el proceso;

b) si se admitirá que las partes deban recibir un tratamiento igualitario en el proceso (*principio de igualdad*) o no; como consecuencia de aceptar la primera opción, corresponderá decidir respecto de cada litigante:

c) si se otorgará posibilidad de contradecir (*principio de contradicción* o de *bilateralidad*) o no (*principio de unilateralidad*) la afirmación de su oponente;

d) qué medio de expresión se utilizará en el proceso (*principios de oralidad* y *de escritura*);

e) cualquiera de ellos que se acepte, tendrá que decidir ahora si será o no conveniente que entre el juez y las partes y el material instructorio que ellas aporten, existan intermediarios o no (*principios de mediación* e *inmediación*);

f) si conviene a la sociedad que los procesos sean secretos o públicos (*principios de publicidad* y *secreto*);

g) si es menester preordenar la eficacia de los medios de confirmación (*principio de la prueba formal y tasada*) o dejarla librada al puro razonamiento del juzgador (*principio de la racionalidad probatoria*);

h) si es importante, en aras de la moralidad procesal pretendida, que las partes no puedan desistir de un medio probatorio que, luego de producido, resultó adverso al interés del oferente (*principio de adquisición*);

i) si es conveniente desarrollar el debate con un orden metódico (*principio de orden consecutivo*, que puede ser *legal* o *discrecional*) que implica el cumplimiento de pasos procesales preestablecidos en el orden y en el plazo dictado por la ley (*principio de preclusión*) o no (*principio de libre desenvolvimiento*). Y aun dentro de esta cuestión,

j) si conviene que los plazos fenezcan por el mero transcurso del tiempo (*principio de perentoriedad* o *fatalidad*) o después de que las partes lo acusen;

k) si en orden a cumplir una efectiva impartición de justicia, corresponde hacer o no el proceso lo menos gravoso posible para el litigante (*principio de economía*), que permita obtener una pronta solución del litigio (*principio de celeridad*). Congruente con ellos,

l) si conviene permitir que las defensas puedan deducirse sucesivamente, de acuerdo con su importancia frente a la pretensión o si, por lo contrario, tendrán que ser presentadas conjunta y simultáneamente, a fin de que una sea considerada en defecto de la otra (*principio de eventualidad*), y

m) si es razonable o no que los actos procesales se agrupen a fin de evitar inútil desgaste jurisdiccional (*principio de concentración*).

6) *¿Quién decide el litigio?*

Por último, acerca de quién y cómo habrá de decidir el proceso, habrá que optar entre un juez profesionalizado (*principio del juez técnico*) o por miembros de la comunidad (*principio del juicio por jurados*); en ambos casos, en orden a lograr una justicia más acabada para el caso concreto, tendrá que decidirse si conviene otorgar al justiciable uno o varios grados de conocimiento o no (*principios de única* y *de múltiples instancias*).

7) *¿Cómo se decide el litigio?*

En cuanto a cómo habrá de dictarse la sentencia, tendrá que preverse si ella guardará o no correspondencia con las pretensiones de las partes (*principio de congruencia*) o si el juez será absolutamente libre en su decisión; y, para finalizar, si será o no necesario que las partes invoquen y prueben el derecho que ampara sus peticiones (*principio iura novit curiæ*).

Al describir las posibles respuestas que puede dar el legislador, he mencionado la denominación que a cada una le otorga la doctrina procesal de todos los tiempos y, particularmente, en la Argentina.

Sin embargo, si se lee atentamente cada caso y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra *principios* se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras.

Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso.

Lo que corresponde hacer en el caso, entonces, es indagar la esencia misma de cada uno de estos llamados *principios* a fin de poder metodizarlos adecuadamente.

Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas diferentes que, en verdad, deben ser denominados como *sistemas de enjuiciamiento, principios procesales* y *reglas técnicas* del debate y de la actividad de sentenciar.

2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar qué se entiende por *principio:* se trata simplemente de un punto de partida.

Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio,

formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los *principios procesales* –propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que he consignado precedentemente– son sólo cinco: 1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de las partes litigantes; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental y 5) la *moralidad* en el debate.

Veamos qué es cada uno de ellos.

1) *El principio de imparcialidad del juzgador*

De la mayor importancia es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte *(imparcialidad)* ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio *(imparcialidad)* y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes *(independencia).*

Esto que se presenta como obvio –y lo es– no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso,* la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero –otra vez– nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas.

Por eso es que se dice despreocupada –y erróneamente– que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan.

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez.

Por ejemplo,

- ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos),
- independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo,
- no identificación con alguna ideología determinada,
- completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influen-

cia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc.

- Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso
- y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción
- así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto.
- Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etc.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra.

2) *El principio de igualdad de las partes*

Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte, ver la Lección 12) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Ya se ha visto recurrentemente en esta obra que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial a la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe *en pie de perfecta igualdad.*

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley* (CN, 16), prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc., y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes (más aún: el juez tiene el deber de adoptar todas las medidas que estime conducentes al mantenimiento de la igualdad entre las partes, art. 21).

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción:* cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra.

En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes.

Si esto no se respeta habrá una simple *apariencia de proceso.* Pero nunca un verdadero proceso, tal como lo concebimos en esta obra acorde con el mandato constitucional.

3) *El principio de transitoriedad del proceso*

Nadie puede dudar de que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad.

Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad.

Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto.

De ahí que todo proceso deba ser necesariamente *transitorio,* significando ello que alguna vez ha de terminar, sin posibilidad de reabrir la discusión ya cerrada.

La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse o no varios grados de conocimiento judicial. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador.

Y esta es una directiva fundamental del sistema: toda normativa procedimental debe estar regulada en orden a lograr –y lo antes posible– la terminación del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

4) *El principio de eficacia de la serie procedimental*

Para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecuencial que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto, debe estar constituida por los pasos ya enunciados varias veces en el curso de esta obra: afirmación, negación, confirmación y alegación.

Faltando uno solo de ellos la serie se vuelve definitivamente ineficaz. Ya abundé sobre ese tema en esta obra, al sostener que la eliminación de la etapa de la alegación en la mayoría de los trámites legislados en la actualidad –so pretexto de que hay que acelerar el final del proceso– conspira no sólo contra la seguridad jurídica sino también contra el concepto constitucional de *debido proceso.*

5) *El principio de moralidad procesal*

Si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad y evitar que todos se hagan justicia por mano propia, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa artería o traición.

De ahí que la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica[1] (arts. 22 y 24).

Hasta aquí la enunciación de los principios procesales, que instrumentan directivas *unitarias* (no admiten otras antagónicas), carácter que los diferencia de las *reglas* que se expondrán en el número siguiente, que siempre se presentan con la calidad de *binarias.*

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que *un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados.*

Insisto en ello: si si el juzgador no es imparcial, o las partes no actúan en pie de igualdad, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y *nunca ante un proceso,* cuya razón de ser es lograr el mantenimiento de una perpetua paz social.

Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado.

3. LAS REGLAS TÉCNICAS DEL DEBATE PROCESAL

Al plantear el problema que presenta este tema (ver # 1 de esta Lección), he reseñado la corriente doctrinal que denomina como *principios* a ciertas cosas que no lo son.

1 Pero atención: *prohibiendo portarse mal,* no *obligando a las partes a portarse bien.* Que son cosas muy diferentes, por cierto.

En el número anterior ya he establecido qué es un principio, afirmando que siempre ostenta un carácter *unitario* y que, sin su presencia efectiva, no puede hablarse seriamente de proceso.

Toca ahora señalar que existen otras líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos.*

Y es que cada una de las preguntas formuladas al comienzo de esta Lección respecto del debate judicial –en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso– admite *siempre* dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediación; etc.).

Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir actitudes que se excluyen. Esto no implica que no puedan *sucederse* en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices les asigno la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo). Pero ello no hace a la esencia misma de las cosas.

En razón de haber negado anteriormente en esta obra el carácter de proceso al método de discusión que se desarrolla de acuerdo con la filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaré ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera que es un debido proceso.

Los problemas que corresponden al tema se relacionan: con el medio de expresión en el proceso, con sus formalidades, con su coste y rapidez de solución, con su publicidad, con el oren de la discusión, con el desarrollo de la serie, con la deducción de defensas y proposición de medios de confirmación y la utilización de sus resultados, y con la presencia efectiva del juzgador durante su tramitación.

Veamos ahora las reglas que se corresponden con cada uno de estos problemas.

1) *Oralidad o escritura*

La regla opera según que se utilice la palabra oral o escrita para efectuar cada una de las actuaciones que requiere el desarrollo de la serie procedimental (art. 32; asimismo, para el juicio oral, arts. 541 y ss.).

A los fines de respetar la esencia de la idea de proceso, tan válida es una como la otra.

Habitualmente se vincula a la oralidad con la inmediación y con la celeridad, en tanto que la escritura es relacionada con la regla de la mediación procesal y con la morosidad judicial.

Algo hay de cierto en ello: la escritura permite un cúmulo de corruptelas que difícilmente se presenta cuando se aplica la regla de la oralidad. Pero la regla también opera al contrario, como lo demuestra la recurrente praxis tribunalicia.

2) *Libertad o legalidad de formas*

El tema apunta a señalar la mayor o menor potestad que tienen las partes para establecer por sí mismas cómo han de desarrollar el curso procedimental del trámite de la serie.

En el mundo moderno coexisten ambas reglas: en el arbitraje privado, por ejemplo, opera plenamente la que pregona la libertad de las formas (las partes pueden pactar lo que deseen acerca del método de discusión: dónde, cómo, cuándo y ante quién lo harán); en las distintas legislaciones en general predomina la regla de la legalidad (obviamente aplicable de modo estricto en materia penal), bajo cuya vigencia las partes deben atenerse necesariamente a las normas de trámite preestablecidas por el legislador.

Sin embargo, y dependiendo ello del mayor o menor grado de totalitarismo que exhiba un código dado, se permite siempre a las partes disponer convencionalmente acerca de ciertas normas que regulan la actividad de procesar (por ejemplo, pueden ampliar plazos para contestar demandas o excepciones, ofrecer medios de confirmación, alegar, etc.).

Como se ve, esto refiere puntualmente al tema relativo al carácter del derecho procesal que ya he tratado en la Lección 2.

3) *Economía procesal*

Doctrinalmente es difícil determinar el ámbito de aplicación de esta regla.

Tal imprecisión viene de la simple circunstancia de que la *economía* no implica solamente la reducción del coste del proceso sino también la solución del antiguo problema del alargamiento del trámite, la supresión de tareas inútiles y, en definitiva, la reducción de todo *esfuerzo* (cualquiera sea su índole) que no guarde adecuada correlación con la *necesidad* que pretende satisfacerse.

De allí que los autores que se refieren al tema en cuestión aborden una variedad de aspectos que van desde la ociosidad de ciertos actos procesales hasta el estricto problema del coste crematístico del proceso.

En rigor de verdad, ciertos temas que aquí se estudian deben ser absorbidos por otra regla que ostenta denominación específica: la *celeridad procesal* (v., para ambos, art. 21).

De allí que ahora me concrete a hablar de los gastos que insume el proceso.

El ideal de gratuidad del servicio de justicia que priva en el mundo moderno no se corresponde con lo ocurrido en épocas pasadas: muchas veces se ha encarecido severamente el acceso al proceso como forma de disminuir un elevado índice de litigiosidad.

Tan importante es el problema que gran número de constituciones políticas de la actualidad aseguran un efectivo servicio de justicia económico a fin de no vedar a los particulares el auxilio judicial por carencia del dinero necesario.

Y es que una constatación incuestionable inicia cualquier planteo sobre el tema: *todo proceso insume gastos.* Y ello no puede evitarse jamás, como no puede soslayarse el coste de cualquier servicio.

De ahí que el problema que genera el estudio de esta regla ya no pasa por la onerosidad del proceso sino por decidir de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de ella.*

Por supuesto, la respuesta es también alternativa: los propios litigantes (beneficiarios directos del servicio) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales).

La adopción de una u otra respuesta es producto de aplicar una pauta política que, como tal, es contingente. De esta forma, habrá que buscar en cada legislación en concreto el régimen que adopte al respecto.

Volveré sobre el tema en la Lección 28.

4) *Celeridad*

Esta regla indica que el proceso debe tramitar y lograr su objeto en el menor tiempo posible, por una simple razón ya apuntada con exactitud por el maestro Couture: "En el proceso, el tiempo es algo más que oro: es *justicia*".

Una simple lectura de los ordenamientos legales vigentes revela que el legislador americano no ha comprendido el problema recién señalado: en la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente *crisis de la justicia.*

No obstante ello, resulta razonable aceptar la hipótesis de la regla contraria –los procesos no deben tramitar rápidamente– como otra forma de desanimar a los particulares que piensan litigar. Pero ello es impensable en el mundo actual; de allí que en todas partes se pregone y procure la vigencia plena de esta regla.

En SFE hay norma expresa acerca de la celeridad (el ya citado art. 21).

5) *Publicidad*

Esta regla, propia del sistema dispositivo o acusatorio, indica que el desarrollo de la serie procedimental debe hacerse públicamente, en presencia de quien esté interesado en el seguimiento de su curso.

Salvo en casos excepcionales que, por motivos superiores, aconsejan lo contrario (por ejemplo, litigios en los que se ventilan problemas íntimos familiares), la publicidad es un ideal propio de todo régimen republicano de gobierno.

El art. 90 acepta esa regla de modo expreso, indicando que los jueces sólo pueden hacer *secreta* una actuación en casos verdaderamente excepcionales y siempre por resolución fundada.

Por supuesto, el secreto no puede regir respecto de las propias partes en litigio, toda vez que ello generaría la indefensión de por lo menos una de ellas (v., asimismo, art. 56).

6) Preclusión

La idea lógica de proceso implica el necesario desarrollo de una serie cuyos componentes deben ser cumplidos en un cierto orden establecido por la ley o por la convención.

La regla procesal que se adecua a esta idea se conoce en doctrina con la denominación de *orden consecutivo* y de ella se deriva que cada elemento de la serie debe preceder imprescindiblemente al que le sigue.

Como todo el desarrollo de la serie procedimental tiene una duración temporal –no importa al efecto cuán dilatada sea– debe establecerse en la normativa que la rige un cierto plazo para efectuar cada uno de los pasos necesarios para llegar a su objeto.

En la alternatividad de las respuestas jurídicas, el legislador puede optar por dos soluciones diferentes: permitir o no el retroceso de los pasos que exige el desarrollo de la serie.

En otras palabras: posibilitar que las partes insten cuando lo deseen (regla del *libre desenvolvimiento* o de la *unidad de vista)* o que lo hagan sólo y exclusivamente dentro del plazo prefijado al efecto (regla de la *preclusión).*

En todo proceso con trámite escrito y en algunos orales que se desarrollan con total formalismo, cada parte tiene *una sola oportunidad* para instar en cada una de las fases que componen la serie (art. 70).

Y aquí juega en toda su extensión el concepto de *carga* ya visto en Lección anterior: si no se realiza el acto respectivo *dentro* del plazo acordado al efecto, se pierde la posibilidad de hacerlo después (se veda el retroceso en la estructura de la serie: por ejemplo, si el demandado dispone de un plazo de diez días para contestar la demanda, debe cumplir la respectiva carga dentro de ese plazo, perdiendo definitivamente la posibilidad de contradecir luego de su vencimiento).

Pero en orden a lograr un desarrollo eficaz de la serie procedimental en un proceso regido también por las reglas de la economía, celeridad y perentoriedad, la preclusión no sólo debe operar por vencimiento del plazo acordado para ejercer un derecho o facultad procesal sino también de otras dos formas:

a) por el ejercicio de un derecho o facultad *incompatible* con el que está pendiente de ser realizado (por ejemplo, cumplir el mandato contenido en la sentencia durante el plazo vigente para impugnarla hace perder el derecho de impugnación) y

b) por el ejercicio válido de la facultad *antes* del vencimiento del plazo acordado al efecto (por ejemplo, contestar la demanda al segundo día cuando pendían diez para hacerlo, hace perder el derecho de mejorar o cambiar –aún en el resto del plazo– las defensas esgrimidas).

La adopción por el legislador de la regla de la preclusión lo lleva a otra alternativa, que se verá seguidamente.

7) *Perentoriedad*

Un plazo acordado para cumplir una carga procesal puede vencer automáticamente por el mero transcurso del tiempo sin que aquélla sea cumplida o, por lo contrario, precisar de una nueva instancia de quien se benefició a raíz del incumplimiento.

Esto genera las reglas de *perentoriedad* y de *no perentoriedad* que aparecen –una u otra– en las distintas legislaciones vigentes (art. 70).

La tendencia doctrinal es la adopción de la regla de la perentoriedad, que se adecua más que su antinómica a otras ya vistas precedentemente: la economía y la celeridad.

Sin embargo, en un foro que se prevalece de la artería –cual los nuestros en la actualidad– es mejor el sistema contrario pues posibilita un mejor ejercicio del derecho de defensa.

8) *Concentración*

Otra regla que se relaciona con el orden de la discusión es ésta que indica que la serie procedimental debe desarrollarse íntegramente en un mismo acto o en el menor número posible de éstos que, además deben estar temporalmente próximos entre sí.

La regla es plenamente compatible con la de la oralidad, en tanto que su par antinómico –la *dispersión*– se adecua a la regla de la escritura.

Sin embargo, las legislaciones que adoptan la escritura como forma de expresión en el proceso, norman también que la producción de los medios de confirmación debe efectuarse lo más concentradamente posible (cfr. arts. 162 y 208).

9) *Eventualidad*

La adopción de la regla que establece un *orden consecutivo con carácter preclusivo* para la presentación de las instancias (ver *supra*, # 6) lleva aneja la imposibilidad de retrogradar el desarrollo de la serie.

Por esta razón, todas las defensas que deba esgrimir una parte procesal han de ser propuestas en forma *simultánea* (y no sucesiva) –una *ad eventum* de la otra– a fin de que si la primera es rechazada por el juez pueda éste entrar de inmediato a considerar la siguiente.

Esta es la regla de la *eventualidad* que se aplica irrestrictamente a las afirmaciones, defensas, medios de confirmación, alegaciones e impugnaciones, cuando se intenta lograr un proceso económico y rápido (arts. 140, 142, 4°; 327; 347, etc.).

10) *Inmediación*

Esta regla indica la exigencia de que el juzgador se halle permanente y personalmente en contacto con los demás sujetos que actúan en el proceso (partes, testigos, peritos, etc.) sin que exista entre ellos algún intermediario (art. 18).

Esto tiene fundamental importancia respecto de los medios de confirmación y, como es obvio, exige la identidad física de la autoridad que dirige la actividad de procesar y de la que sentencia el litigio. Sin embargo, cabe reconocer que, definitivamente, es de imposible cumplimiento y que exigirlo al juez en la producción de todo medio probatorio en todos los expedientes que tramitan en todos los juzgados, es colocarlo en un precipicio por el cual es muy difícil y sumamente peligroso de transitar.

El natural correlato de esta regla es la de la oralidad, pues estando vigente ésta, aquélla no puede ser soslayada (LOPJ, 66, último párrafo).

11) *Adquisición*

Esta regla indica que el *resultado* de la actividad confirmatoria desarrollada

por las partes se adquiere definitivamente *para el proceso* y, por ende, para todos sus intervinientes.

Por virtud de su aceptación en un ordenamiento dado, la parte procesal que produce un resultado confirmatorio que le es adverso no puede desistirlo (con lo cual podría mejorar la posición sustentada en el litigio) (art. 223).

12) *Saneamiento*

Esta regla es compatible con la que indica que la *dirección del proceso* es ejercida por el juzgador (y no por las partes) (art. 21 *in fine*).

Cuando se la adopta en una legislación dada cabe otorgar al juez facultades suficientes para decidir *liminarmente* acerca de cuestiones *objetivamente improponibles* (las que carecen de todo respaldo legal).

Esta regla, intrínsecamente buena, deja de serlo cuando es aplicada con criterio autoritario.

4. LAS REGLAS TÉCNICAS DE LA ACTIVIDAD DE SENTENCIAR

Estas reglas presentan características similares a las ya vistas precedentemente respecto de la actividad de procesar: siempre son *binarias* y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de fallar el caso sometido a juzgamiento.

Estos son: calidad y número de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento y aplicación de la norma jurídica que rige el caso justiciable.

En razón de que todas las alternativas que surgen de los temas recién mencionados tienen aceptación en algún código vigente en América, seguidamente expondré el tópico a partir de la cuestión ya apuntada y no desde la propia denominación de la regla, como lo he hecho en el número anterior.

1) *Calidad de los juzgadores*

La primera cuestión que se plantea gira en torno de la pregunta: ¿quién debe sentenciar?

Dos soluciones aparecen de inmediato: un *juez técnico* o un *juez lego* (LOPJ, 118).

Habitualmente operan varios en conjunto y actúan con la denominación de *jurado*; es también el caso del *arbitrador* y del antiquísimo *juez de paz* de nuestras campañas.

En Argentina, no obstante que el juicio por jurados deviene imperativo desde la normativa constitucional, existen *jueces técnicos* letrados (abogados).

La combinación de ambas reglas produce la formación de un tribunal *mixto* (pluripersonal) compuesto por jueces técnicos y jueces legos (escabinos).

2) *Cantidad de juzgadores*

La segunda cuestión que se puede plantear se produce con la pregunta ¿cuántos jueces deben fallar un asunto determinado en el mismo grado de conocimiento?

La respuesta también es alternativa: uno (*juez unipersonal*) o varios (en número impar no menor de tres) (*tribunal colegiado*).

En Argentina, rigen las dos reglas: aunque la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran la actuación de un juez unipersonal en el primer grado de conocimiento, ciertas provincias han adoptado para ello la regla de la colegiación para cierta categoría de asuntos justiciables (LOPJ, 60 y ss., tribunales colegiados; asimismo, LOPJ, 58 y 59, cámaras en lo contenciosoadministrativo).

El problema debe estudiarse conjuntamente con la siguiente cuestión.

3) *Cantidad de grados de conocimiento*

Nuevamente se presenta aquí otra alternativa: uno solo (*instancia única*) o varios (no menos de dos) (*instancia múltiple*).

Las dos reglas imperan en la Argentina: si bien la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran un *doble grado de conocimiento* (ordinario) con juez unipersonal en el primero y tribunal colegiado en el segundo, algunas provincias legislan para ciertos asuntos un juzgamiento en única instancia ante tribunal colegiado (LOPJ, 60 y ss. y LOPJ, 42).

Para ver cómo funcionan en algún lugar determinado las tres reglas reseñadas, el lector debe ocurrir a la LOPJ.

Por mi parte, creo que la instancia única no sólo no es intrínsecamente buena sino que es inconstitucional por repugnar a lo normado en Pactos internacionales que la Argentina ha suscrito y adoptado con rango mayor al de la ley.

4) *Evaluación de los medios de confirmación*

El tema genera dos opciones posibles para que sean adoptadas por el legislador: el valor confirmatorio de un medio cualquiera lo fija el propio legislador (sistema de la *prueba tasada* o *prueba legal* o *tarifa legal*) (ver, p.ej.: CC, 995) o queda sujeto a la convicción del juzgador, que debe (sistema de la *sana crítica*) (arts. 224 y 226) o no (sistema de la *libre convicción*) dar explicaciones acerca de cómo falla un determinado asunto.

Ya que el tema será tratado en la Lección 19, adelanto sucintamente por ahora que la regla de la *prueba tasada* o *legal* o *tarifada* indica que el legislador proporciona al juez –desde la propia ley– una serie de complejas reglas

para que evalúe el material de confirmación producido en un litigio dado: por ejemplo, un contrato cuya cuantía excede una cierta cantidad no puede ser probado por testigos; la confesión de la parte releva de toda otra prueba; se requieren dos o más testigos con declaraciones acordes para tener por acreditado un hecho; etc.

La regla de la *convicción* tiene un contenido exactamente contrario al de la prueba tasada: el legislador no proporciona regla alguna para que el juzgador evalúe el material producido por la confirmación procesal y, antes bien, deja que juzgue en la forma que le indique su conciencia. Sólo que algunas veces no exige fundamentación razonada del porqué se toma una decisión y no otra (*libre convicción*) y otras no (*sana crítica*, sistema en el cual cabe hacer la explicación aludida).

5) *Correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado*

Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de *congruencia procesal* y que es natural consecuencia de aceptar la plena vigencia del principio de *imparcialidad judicial*.

Ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes (art. 243).

A mi juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la *incongruencia*, que se presenta en los siguientes casos:

a) el juzgador *omite decidir alguna de las cuestiones* oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio (art. 246, últ. párr.): ello genera el vicio de incongruencia *citra petita*, que torna anulable el respectivo pronunciamiento.

El concepto se limita al caso expuesto, pues no existe incongruencia cuando el juzgador omite el tratamiento de una cuestión por virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (por ejemplo, si el juez admite la existencia del pago alegado por el demandado, resulta inconducente el estudio de la defensa de prescripción opuesta *ad eventum* de la aceptada);

b) el juzgador *otorga cosa distinta a la peticionada* por la parte o *condena a persona no demandada* o *a favor de persona que no demandó*, yendo más allá del planteo litigioso: ello conforma el vicio de incongruencia *extra petita*, que también torna anulable el respectivo pronunciamiento;

c) el juzgador *otorga más de lo que fue pretendido* por el actor: también aquí se incurre en vicio de incongruencia, ahora llamado *ultra petita,* que descalifica la sentencia;

d) la sentencia presenta una *incongruencia interna,* representada por una incoherencia entre la motivación y la decisión, que así se muestran contradictorias entre sí.

Este vicio de autocontradicción, llamado también *incongruencia por incoherencia,* torna anulable el respectivo pronunciamiento.

En este supuesto, ingresa un vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado y que se presenta cuando en la decisión del recurso de apelación no se respeta la regla *no reformatio in pejus,* que indica que el tribunal de alzada carece de competencia funcional para decidir acerca de lo que no fue motivo de agravio de parte interesada y que, por ende, no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del propio impugnante.

También ingresan en este vicio otros dos supuestos finales: *incongruencia por falta de mayoría* y *por falsa mayoría* de votos de jueces integrantes de un tribunal colegiado.

Toda sentencia de tribunal pluripersonal debe contener pronunciamiento expreso y positivo adoptado por mayoría absoluta de opiniones concordantes de sus integrantes.

Cuando los fundamentos no concuerdan entre sí, no puede hablarse de la existencia de la mayoría absoluta requerida para cada caso por las leyes procesales, razón por la cual corresponde integrar el tribunal con mayor número de juzgadores hasta que sea posible lograr tal mayoría.

Si no se efectúa esta tarea y la sentencia se emite con fundamentos que no concuerdan en los distintos votos que hacen mayoría, se presenta el vicio de *falta de mayoría* que, al igual que todos los demás antes enunciados, también descalifica la decisión.

La *falsa mayoría* se presenta como vicio de incongruencia cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una decisión determinada y, sin embargo, se llega a otra por medio de la suma de votos.

El caso es de rara factura pero no imposible de acaecer; al igual que los anteriores, también descalifica a la sentencia.

6) *Aplicación de la norma jurídica*

El problema que plantea la cuestión que versa acerca de qué norma legal debe aplicar el juzgador para la solución del litigio genera una doble respuesta:

está vinculado estrechamente y sin más a lo que las propias partes han argumentado (interpretación extrema y grosera de la aplicación del sistema dispositivo) o puede *suplir* las normas citadas por ellas.

Esta última alternativa es la que goza de general aceptación y ha generado la regla *iura novit curiæ* que indica que las partes procesales sólo deben proporcionar al juez los *hechos,* pues él conoce el derecho y debe aplicar al caso el que corresponda según la naturaleza del litigio (art. 243).

Esta regla admite tres matices:

a) aplicar el derecho *no invocado* por las partes;

b) aplicar el derecho correcto, cuando fue *erróneamente invocado* por las partes;

c) *contrariar* la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados.

Hace relativamente escaso tiempo que la doctrina seria ha comenzado a meditar acerca de esta regla y de sus supuestas bondades, que no son tales a poco que se piense en el tema.

Y es que el juez no puede variar la imputación jurídica efectuada por el actor al calificar el hecho en el cual basa su pretensión procesal de objeto transigible, pues de lo contrario produciría de seguro una sentencia incongruente y, como tal, anulable.

Y esto, que se acepta como bueno en los pleitos civiles, proviene de la indebida adopción de una antigua corruptela: la constante ruptura de la ley efectuada gracias al espíritu inquisitorial de ciertos tribunales penales de alzada que, sujetos desde siempre a la regla de juzgamiento *no reformatio in peius* como base primordial de su competencia funcional, no pueden variar una sentencia impugnada en tanto no haya habido agravio al respecto. Sin embargo, lo hacen y todos los días en la mayoría de los países de América, so pretexto de que, *sin tocar el hecho, se limitan a recalificarlo iuira novit curiæ.*

Y así, por ejemplo, condenan a pena mayor que la contenida en la sentencia apelada sin mediar agravio del Fiscal o del querellante al respecto. Lo cual es manifiestamente ilegítimo.

5. LOS SISTEMAS PROCESALES

Ya expliqué anteriormente (Lección 3) qué son los sistemas de enjuiciamiento civil y penal y los mencioné como dispositivo o acusatorio, inquisitivo o inquisitorio y mixto.

A esta altura de la obra, ya puede comprender el lector por qué los vocablos utilizados al efecto no pueden ser *principios*. Antes bien, se presentan en la vida cotidiana:

a) el *acusatorio*, como una suma de principios procesales, sin importar mayormente cuáles son las reglas de procedimiento que lo acompañan al efecto de posibilitar su desarrollo y

b) el *inquisitorio*, como una suma de simples reglas de procesamiento y sin principios que posibiliten la concreción de un verdadero (o debido) proceso.

LECCIÓN 10

LOS ACTOS DEL TRÁMITE PROCESAL

SUMARIO

1. Concepto y estructura del acto procedimental
2. Características
3. Clasificación

1. EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DEL *ACTO PROCEDIMENTAL*

El tema se estudia habitualmente bajo la denominación de *acto procesal*. Empero, si el proceso es una idea *lógica* que, para la obtención de su objeto, requiere del desarrollo de una serie procedimental, parece claro que no cabe hablar propiamente de *actos procesales* sino de *actos procedimentales* o de *actos de procedimiento* para mencionar a todos los que se realizan con miras a lograr la emisión de una sentencia heterocompositiva del litigio.

En esta tesitura, se entiende por *acto procedimental* a todo aquel que realiza un sujeto con el objeto de iniciar y continuar el desarrollo de la serie.

De tal modo, lo típico de este acto es que tiene vida y eficacia sólo dentro del proceso en el cual se lo ejecuta y su finalidad no es producir efectos externos sino posibilitar el dictado de la sentencia con los efectos que le son propios o asegurar su resultado.

Así concebido, el *acto procedimental* se muestra como una especie del *acto jurídico*.

Como tal, lleva ínsita en su conceptuación la voluntad del agente emisor (con lo cual se diferencia del simple *hecho* con trascendencia procesal: por ejemplo, la

muerte de las partes, el transcurso del tiempo, etc.) y muestra en su estructura interna los mismos elementos del género, sólo que modificados por la particularidad de la especie: y así, su objeto debe ser *idóneo* y la actividad requerida para su exteriorización se halla sujeta a ciertas condiciones de *tiempo, lugar y forma.*

En otras palabras: descompuesto un acto procedimental en sus posibles elementos se ve que son:

a) el *sujeto* que lo realiza, b) el *objeto* sobre el cual versa y c) la *actividad* que necesariamente se efectúa para lograr tal objeto.

Los vemos seguidamente.

1) El elemento *sujeto* permite analizar en cada caso la aptitud (capacidad y legitimación procesal) y voluntad de actuar de las personas que necesaria o eventualmente concurren al proceso.

2) El elemento *objeto* permite estudiar la *idoneidad* del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir entre el contenido y la forma.

3) El elemento *actividad cumplida* permite analizar el cómo, dónde y cuándo se realiza: como ya se anticipó, la forma, el tiempo y el lugar donde el acto se cumple.

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ACTO PROCEDIMENTAL

Según lo expuesto precedentemente, corresponde precisar algunas ideas en cuanto a los caracteres propios de este tipo de actos.

1) En cuanto a los *sujetos*

Los actos procedimentales pueden ser ejecutados por:

- las *partes* del proceso (actos de instancia o de postulación),
- la *autoridad* (actos de conexión de instancias y actos instructorios y decisorios para el desarrollo de la serie),
- sus *auxiliares* (actos de documentación y de comunicación),
- los *terceros que se convierten en partes procesales* (actos de instancia o de postulación) y
- los *terceros que no adquieren tal carácter* (testigos, peritos, martilleros, etc.).

La aptitud de las partes y de los terceros se mide en términos de *capacidad jurídica* y de *capacidad procesal*; la de la autoridad y sus auxiliares, en términos de *competencia*.

2) En cuanto a la *idoneidad del objeto*

Si por *objeto* del acto procedimental se entiende el efecto que su realizador intenta lograr respecto del desarrollo de la serie, su *idoneidad* consiste en que el acto procedimental que se efectúe sea precisamente aquél –y no otro– que corresponde según el patrón legal como necesario para iniciar o continuar dicha serie de acuerdo con el estado en el cual se encuentra: por ejemplo, para lograr la apertura de la fase de confirmación es menester que se encuentren agotadas las dos que le preceden: la de afirmación y la de negación; para ofrecer un medio confirmatorio es necesario que esté firme la providencia que ordenó la apertura del período, etc.

3) En cuanto al *lugar en el cual se realiza la actividad*

Debe ser realizado en la sede donde actúa la autoridad que dirige el proceso.

Aunque esto resulta obvio respecto de ella y de sus auxiliares, cabe destacar que todos los demás actos (de partes y de terceros) no adquieren carácter de *procedimentales* hasta tanto no se presenten ante aquélla o ante quien actúe como su comisionado.

Sin embargo, existen algunos actos que por su propia naturaleza deben ser necesariamente realizados fuera de tal lugar: los de *comunicación* (arts. 60 y ss).

> En el art. 37 se impone la carga de constituir domicilio *procesal* o *ad litem* (erróneamente llamado "legal" por la norma) y se prevén las consecuencias de su incumplimiento.
>
> En el art. 38 se establecen los efectos del domicilio *ad litem*.
>
> En el art. 40 se establece la carga para ambas partes de denunciar su domicilio real, definido por CC, 89 como "el lugar donde una persona tiene establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios".

4) En cuanto al *tiempo en el cual se realiza la actividad*

Esta característica del acto procedimental asume capital importancia en el sistema procesal que adopta la regla de *la preclusión* para el eficaz desarrollo de la serie.

Cada acto debe ser realizado en el momento preciso o dentro del plazo acordado al efecto, so pena de perder el interesado la posibilidad de efectuarlo con objeto idóneo.

Esta circunstancia permite a la doctrina distinguir entre:

a) *término:* el momento preciso en el cual ha de ser realizado el acto: el día tal a tal hora, por ejemplo, y

b) *plazo:* el período de tiempo durante el cual puede actuar el interesado en el momento que lo desee.

Los términos siempre están establecidos por la propia autoridad (juez o árbitro); los plazos pueden ser *convencionales* (pactados por las partes), *legales* (fijados por la ley) o *judiciales* (establecidos por la autoridad).

Ya se ha visto en la Lección 9 que la regla de la preclusión puede operar en forma *perentoria* o *fatal* o *no perentoria* o *no fatal.*

La mayoría de las legislaciones se inclinan por la regla de la perentoriedad, que significa que el vencimiento del término o plazo opera en forma automática, sin necesidad del pedido ni de la decisión de nadie, haciendo generar para el interesado la imposibilidad de realizar luego lo que no hizo durante la vigencia del respectivo período.

Todo lo referente al tema *plazos* se encuentra ubicado en el plano horizontal del proceso: por tanto, las partes pueden acordar lo que deseen a su respecto.

No obstante, muchas legislaciones vedan el derecho de disponer acerca del medio de debate, lo cual es absurdo pues cuando la pretensión es transigible autorizan a acordar lo que sea en cuanto a ella.

> En SFE los plazos son *perentorios* (art. 70). No obstante la categórica afirmación de que son *improrrogables* (art. 70), el art. 71 permite implícitamente la prórroga por *acuerdo de partes*, que puede alcanzar a todos los plazos con excepción de los recursivos.
>
> El art. 70 también instituye el llamado "día de gracia" (posibilidad de presentar un escrito "dentro de las horas de audiencia del día hábil inmediato" al del vencimiento del plazo). El horario de atención al público en los Tribunales provinciales es de 7.15 a 12.45 (Ac. CSSF, 21.03.84). En CPCN se prevén "horas de gracia" (CPCN, 124).
>
> La LP 7234, 5, modificada por la LP 9040, prevé la *duplicación* de plazos en los casos en que la provincia es parte.
>
> En el art. 71 se establece la forma en que se computan los plazos procesales de días y horas, *individuales* y *comunes*. Son plazos *comunes* los del período probatorio (art. 145) y los de perención de instancia (art. 232).
>
> La suspensión de plazos puede ser legal (vgr. arts. 16, 47, 329), judicial o convencional (art. 71).

Además, y según las leyes procesales, el acto procedimental debe ser realizado en

a) *día hábil* (el que no es feriado ni festivo) (art. 55; asimismo, LOPJ, 248, 249 y 251, feria judicial de enero y estación invernal) y en

b) *hora hábil* (el concepto es cambiante en las distintas legislaciones: se consideran *hábiles* las horas que van desde las ocho hasta las veinte o desde la salida hasta la puesta del sol, etc.) (art. 55).

Caso de ser necesario efectuar una actividad dada en día u hora inhábil, es menester que la autoridad *habilite* el día u hora (art. 55).

5) En cuanto a las *formas que deben respetarse en la realización del acto*

La expresión *forma* se utiliza habitualmente para señalar el conjunto de solemnidades o requisitos extrínsecos que deben acompañar a un acto para que resulte idóneo en el desarrollo de la serie.

Ya se ha visto en la Lección 9 que existen dos reglas para determinar la vigencia del tema: *libertad* y *legalidad de formas.*

Para mejor comprender el verdadero significado de esta regla cabe recordar que aun contando con antiguo y vulgar desprestigio todo lo que huele a *formalismo* (porque ello lleva rápidamente al *formulismo)* el proceso debe ser –y de hecho lo es– *formalista.*

No puede ser de otra manera, ya que sólo la *forma* (estrictamente concebida como *acto,* como *pura actividad*) es lo que permite mantener el orden mínimo que se requiere para asegurar la vigencia de dos valores de la mayor importancia para la pacífica convivencia de los hombres: la certeza y la seguridad jurídicas. Utilizando frase de Montesquieu, "la forma es la condición necesaria para la certeza y el precio de la seguridad jurídica".

Este concepto permite distinguir adecuadamente entre el *acto* (la forma o actividad cumplida) y el *acta* (documento en el cual se registra para constancia el acto cumplido).

Por ejemplo: el jefe de un registro civil que casa a una pareja debe pronunciar las palabras necesarias para ello (por ejemplo, *os declaro marido y mujer...*). A su turno, el acta que se levanta al efecto y que firman el jefe que casó, los contrayentes que se casaron y los testigos que vieron el casamiento, es la mera registración de lo que aconteció y se concreta a narrar lo que allí ocurrió.

Fácilmente puede comprenderse que acto y acta no deben llevar imprescindiblemente la misma suerte...

Si no se entiende cabalmente la diferencia existente entre *acto* y *acta* no puede comprenderse cómo un acto es válido sin perjuicio de que no lo sea el acta que lo registra y, a la inversa, cómo puede ser inválido el acto y no el acta que contiene la constancia de haber sido cumplido.

Por supuesto, esta exacta idea no puede generar un *formulismo* (que no *formalismo*) extremo, del cual debe huir el legislador pues a menudo crea un abismo insondable entre el proceso y la realidad de la vida.

Pero no puede negarse seriamente que debe respetar e imponer un *mínimo de formas* en orden a la naturaleza del derecho en general y, muy especialmente, de los actos procesales.

En esta tesitura, *la ley describe a priori* un acto determinado fijándolo como *patrón* para que sigan su modelo ejemplar todos los que se realicen en un proceso dado (véanse los requisitos de la demanda que se explicarán en la Lección 17).

Ya se verá en la Lección 11 que cuando un acto cualquiera respeta el *modelo patrón* se dice que es un acto *regular* en tanto que es *irregular* en caso contrario.

3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCEDIMENTALES

Varios son los criterios clasificatorios presentados por los distintos autores respecto de este tema, a partir de diferentes premisas: quién los realiza, cuál es el objeto pretendido o el efecto logrado, etc., debiendo señalarse que hay otros doctrinarios que niegan terminantemente la posibilidad de clasificarlos, habida cuenta de la elementalidad de su concepto.

Por mi parte –en la tarea propia de esa obra y al sólo fin docente– adoptaré aquí el primer método explicativo:

1) *Actos que realizan las partes*

Son siempre actos de *instancia,* pudiendo presentarse bajo la forma de petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción procesal.

Debo recordar al lector que los cuatro primeros son unilaterales (se dan sólo entre quien insta y la autoridad) en tanto que el último es necesariamente bilateral (debe tomar conocimiento de su existencia y contenido aquel respecto de quien se insta *antes* de que se emita decisión al respecto).

> En el art. 32 se establece que las gestiones ante los jueces deben hacerse por escrito, salvo los supuestos en que se permite su realización "en diligencia" o "en manifestación".
>
> En el art. 35 se establece la obligación de presentar copias.
>
> V., asimismo, arts. 33, 34, 50.

2) *Actos que realiza la autoridad*

Un primer criterio muestra a los actos habitualmente denominados de *instrucción* o de *ordenación:* implican una *conexión* entre las distintas instancias mediante fórmulas legales de uso antiquísimo: *citaciones, traslados* y *vistas.*

Es una *citación* la orden que emite la autoridad para que alguien –parte o tercero– comparezca al proceso para realizar allí determinada actividad (para las partes constituye una *carga;* para los terceros, un *deber).*

> La "citación y emplazamiento a estar a derecho" está regulada en los arts. 72 y ss.
>
> El acto del comparendo es una manifestación del derecho de postulación de la parte (arts. 30 y cc.), quien tiene la carga de denunciar en esa ocasión su domicilio real (art. 40).

> No obstante el comparendo de la parte, cabe emplazar nuevamente en caso de ocurrir su muerte o inhabilidad (arts. 47 y 597) o la muerte o inhabilidad del mandatario (art. 47).
>
> V. la citación, en general, en el art. 19.

El *traslado* (arts. 87 a 89) es la forma típica de conexión mediante la cual la autoridad genera cargas procesales. Contiene siempre una orden que debe ser cumplida por el destinatario en un término o plazo determinado por la ley o por la propia autoridad y un apercibimiento (advertencia) acerca del efecto que sufrirá el incumpliente en contra de su propio interés.

La *vista* (arts. 87 a 89) es la forma típica de conexión que no genera carga procesal: la autoridad ordena simplemente que alguien *vea* una actuación determinada a efectos de que proceda como quiera a su respecto.

De tal modo, el silencio subsiguiente al traslado produce un perjuicio al incumpliente; el que le sigue a la vista, no (ver, p. ej., art. 143).

> Todo traslado y vista debe notificarse por cédula (art. 62, inc. 2°).
>
> Si el traslado que ordena el juez carece de plazo legal, se considera corrido por tres días (art. 89).
>
> Los traslados y vistas deben correrse con entrega de copias (arts. 87, 88 y 35).

Un segundo criterio muestra la *dirección* de un acto en el cual se hallan presentes varias personas (por ejemplo, la declaración testimonial de una persona, que se hace en presencia de las partes).

3) *Actos que realizan ciertos auxiliares de la autoridad*

A la actividad procedimental concurre un conjunto de auxiliares de la autoridad cuyo número y funciones varían de una legislación a otra: *secretario* o *actuario, ujier, notificador, oficial de justicia, martillero* o *subastador, depositario,* etc.

Cada uno de ellos cumple una específica misión en el proceso que, como siempre, es contingente en los distintos códigos.

A los efectos de esta Lección, me detendré sólo en los del secretario y en los del notificador, pues resultan esenciales para el eficaz desarrollo de la serie (adviértase que los demás mencionados recién no actúan necesariamente en *todo* proceso). De todos los demás me ocuparé en la Lección 16.

Al *secretario* le corresponde efectuar actos de *documentación:* son aquellos que tienen por objeto incorporar al proceso las instancias escritas o verbales de las partes, los instrumentos confirmatorios acompañados por ellas y las actuaciones escritas u orales efectuadas por terceros, etc.

V. las funciones fedatarias del secretario en el art. 49.

En el art. 52 se regula el *cargo judicial* (asimismo, LOPJ, 174, 8°).

Es deber de cada secretaría llevar un *libro de cargos*, que debe cerrarse diariamente al final del horario de atención al público.

Según el art. 49, además de las funciones fedatarias, los secretarios tienen el deber de auxiliar al juez en el dictado de providencias de trámite (aquellas que impulsan el procedimiento sin abrir o cerrar etapas procesales).

Al *notificador* le corresponde efectuar los actos de *comunicación:* toda conexión procesal y todo acto de dirección debe ser notificado a la contraparte de quien ejerció la respectiva instancia.

Para ello, existen sólo dos métodos posibles: el interesado ocurre ante la autoridad o ésta va hacia él por medio del notificador o de alguno de sus sucedáneos.

En el primer caso, la notificación recibe en todas partes la denominación de *personal* (art. 60).

En el segundo, y según el medio empleado, se la conoce en los diversos lugares como notificación por *cédula* (arts. 62 a 64; asimismo, art. 24), con sus diversos sucedáneos: *telegrama* (art. 65), *carta certificada con acuse de recibo* (art. 66), *exhorto* (dirigido a un juez par del exhortante con competencia en otro territorio) (arts. 93 a 104), *oficio* (dirigido a funcionario de menor jerarquía que la del exhortante) (id.) y *edictos* (publicados en el diario oficial o en el de mayor circulación del lugar de residencia de quien debe ser notificado) (art. 67).

Sin perjuicio de ello, en tiempos de escasa litigiosidad y menor número de tribunales de los que hoy existen, se intentó hacer ahorro fiscal mediante la simple fórmula de evitar el desplazamiento de funcionarios judiciales para efectuar las notificaciones personales.

Para ocultar la verdadera razón del cambio, se dijo por importante doctrina que con ello se acelerarían notablemente los procedimientos en razón de que no habría tantos proveídos de trámite para notificar por cédula.

Y así, sin medir las eventuales consecuencias futuras y sin consultar –como siempre– al que las sufriría en lo inmediato, se generó a todos los litigantes la notable carga de concurrir al juzgado respectivo –en rigor, a *todos los juzgados*– dos veces por semana para notificarse allí personalmente de lo que hubiere para ellos.

A este régimen se le dio la denominación de notificación *ficta* (o *automática*, o *por nota* o *ministerio legis*) y fue adoptado, tarde o temprano, por todos los códigos procesales (art. 61).

En otro avance sobre la idea correcta del *debido proceso* se instrumentó la

denominada *notificación tácita* de raíz jurisprudencial en excepcionalísimo caso que luego se extendió indebidamente a todos.

Al igual que el caso de la notificación ficta, éste vulnera también el *sistema procesal* en el cual toda notificación es un acto esencialmente formal que debe ser realizado conforme a las expresas instrucciones de la ley al respecto, pues han sido establecidas para asegurar la efectiva noticia de lo que debe comunicarse a la parte interesada.

En otras palabras: dentro de la economía general de un sistema que vela por la vigencia irrestricta de la garantía del debido proceso, el régimen notificatorio debe basarse en el principio de la *recepción*.

Aceptar lo contrario implica adoptar un método de noticiar que se halla fuera del sistema, que recién ahora se contiene en la norma –por cierto que asistémica– y que se erige en otra trampa más de las que el legislador brinda diariamente a los litigantes.

La idea parte de la base de que existe la posibilidad de convalidar un acto procedimental, tal como se verá en la Lección siguiente.

Pero sobre el tema, cabe reflexionar meditadamente acerca de que la convalidación de una notificación defectuosa exige la existencia misma del acto notificatorio irregular. Y en todo supuesto de noticia tácita falta, precisamente, ese acto formal y material que la ley requiere.

LECCIÓN 11

LA REGULARIDAD Y LA IRREGULARIDAD PROCESAL

SUMARIO

1. Regularidad del acto procedimental
2. Irregularidad del acto procedimental
3. Presupuestos de la declaración de nulidad procesal
4. Medios para hacer ineficaz a un acto procedimental

1. LA REGULARIDAD DEL ACTO PROCEDIMENTAL

Ya se ha visto en la Lección anterior que todo proceso está constituido por una serie de actos que realizan las partes, la autoridad y ciertos terceros y que, por tener efectos estrictamente limitados a su ámbito interno, reciben la denominación de *actos procedimentales.*

Al tener vida y eficacia sólo *dentro del proceso,* el acto procedimental se diferencia del acto jurídico en general, ya que no produce efectos externos y su única finalidad es posibilitar la emisión de la sentencia que ha de heterocomponer el litigio.

Esta tajante distinción permite efectuar dos afirmaciones liminares:

1) como luego se verá, la peculiaridad del acto procedimental hace que no se le apliquen las normas que regulan la nulidad civil.

Aunque se ha dicho que, no obstante, al procesalista le sirve de mucho la teoría general que con tanto esfuerzo, tiempo y disidencias conceptuales se ha construido sobre el tema, lo cierto es que con ello se genera un caos doctrinal muy difícil de superar[1];

---

1 Piénsese que en la doctrina civilista se habla casi indistinta y, por ello, anárquicamente, de *nulidad,* de *anulabilidad,* de *inoponibilidad,* de *invalidez,* de *ineficacia* y de *inexistencia.*

2) corresponde a la propia ley procesal la regulación de la nulidad.

Ya se ha visto en la Lección 9 la necesidad y existencia de dos reglas antagónicas para regular las formas en el proceso: la de la *plena libertad* y la de la *formalidad preestablecida* (legal, judicial o convencionalmente).

En procura de un mayor acercamiento al valor justicia, las distintas legislaciones se inclinan por la segunda, conocida doctrinalmente con la denominación equívoca de *principio de legalidad,* aunque a veces atenuada ligeramente al permitirse de modo contemporáneo algunas libertades en ciertos casos.

En esta tesitura, y como ya lo adelanté en la Lección anterior, *la ley describe a priori* un acto determinado, fijándolo como *patrón* para que sigan su modelo ejemplar todos los que se realicen en un proceso dado.

De tal modo, siempre que se respeta el modelo patrón legal, se dice que el acto realizado conforme a él es *regular,* en tanto que es *irregular* (o defectuoso o viciado) en caso contrario.

En otras palabras: la *regularidad* es la adecuación entre la conducta efectivamente cumplida en el proceso y la disposición normativa sujeta a unos determinados *principios* técnicos que generan, en perfecta coordinación con los principios constitucionales, un *sistema* de enjuiciamiento.

La falta de regularidad generará la *irregularidad,* que podrá ser atacada por la vía de la inoponibilidad (en cuanto a los sujetos que realizaron el acto) y de la anulabilidad (en cuanto a las condiciones y requisitos del acto realizado).

Lo veremos seguidamente.

2. LA IRREGULARIDAD DEL ACTO PROCEDIMENTAL

Como resultado de su comparación con el *acto modelo patrón,* varias pueden ser las irregularidades de un acto procedimental: las que afectan a su admisibilidad, a su validez, a su eficacia, a su eficiencia y a su oponibilidad.

El tema incluye lo relativo a la contrapartida de la validez del acto: su *declaración de nulidad.*

Para intentar una aproximación al concepto de *nulidad procesal* resulta conveniente recordar cuál es la *estructura interna* de todo acto procedimental, pues se acepta doctrinalmente –aunque con algunas discrepancias– que cuando las leyes en general refieren a la «inobservancia de las formas de un acto», comprenden en rigor algo más que la pura forma: *la propia estructura.*

Así, resulta menester descomponer lógicamente el acto procedimental en sus tres elementos posibles: el sujeto que lo realiza, el objeto que procura y la actividad que necesariamente él efectúa para lograrlo.

1) El elemento *sujeto*

Ya expliqué en la Lección anterior que, respecto de todas las posibles personas que actúan procesalmente, este elemento permite analizar su aptitud (capacidad y legitimación para obrar) y voluntad de actuar.

La importancia de su consideración deviene clara cuando se advierte que existen actos jurídicamente *regulares* cuyos efectos alguien intenta extender a otras personas que no concurrieron a su formación.

Es evidente que no cabe hablar acá de irregularidad (en el sentido de *nulidad* que luego se verá) sino de *inoponibilidad* al tercero del acto en cuya concreción no participó.

2) El elemento *objeto*

Este elemento permite estudiar la idoneidad del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir siempre entre el contenido y la forma.

3) El elemento *actividad cumplida*

Este elemento permite analizar cómo, dónde y cuándo se realiza el acto. Es decir, la forma, el tiempo y el lugar donde tal acto se cumple.

Ciertas aclaraciones se imponen antes de continuar: la mayoría de los autores no acepta la inclusión del estudio de la voluntariedad del acto y de sus implicaciones en el tema propio de las nulidades procesales.

Así, se hallan contestes en que los vicios de la voluntad, en general, no son computables para la determinación de la validez de los actos procedimentales.

Sin embargo, existe importante corriente disidente tanto en doctrina como en legislación: así, hay autores que aceptan la consideración de ciertos vicios y no la de otros (v. gr.: sí el dolo; no el error de hecho).

A su turno, alguna legislación (cual es el caso de España) norma la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza, disponiendo que los jueces que hubiesen cedido a ellas, tan luego se vean libres, declaren nulo todo lo practicado y promuevan al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables.

Además, aunque la palabra *acto* supone actividad, destaco muy especialmente que, cuando se la designa, también se implica la *inactividad* u omisión de actuar, pues ello hace a la esencia del sistema preclusivo que consagran casi todas las legislaciones y que supone que un acto es precedente del que le sigue y consecuente de su anterior.

En la doctrina autoral del derecho civil, existen todavía distintos matices de irregularidad y, por ende, de sanciones:

1) el acto *absolutamente irregular* es *absolutamente ineficaz* (se habla de *inexistencia del acto*): es *acto inexistente* el que no es. Como tal, dicen algunos autores que no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado;

2) el acto *gravemente irregular* es *gravemente ineficaz* (se habla de la *nulidad absoluta* del acto): es *acto absolutamente nulo* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla afectado de modo grave: como tal, no puede ser convalidado pero requiere ser invalidado;

3) el acto levemente irregular es *levemente ineficaz* (se habla de la *nulidad relativa* o de la *anulabilidad* del acto): es *acto anulable* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla levemente afectado: como tal, puede ser convalidado y admite ser invalidado.

Tal vez porque estas categorías doctrinales –que carecen de preciso sustento legal– no se aceptan desde una óptica puramente fenoménica[2]; o porque desde antiguo se halla seria y fundadamente discutida la clasificación de *acto inexistente*; o, para finalizar, porque aunque se diga que no se requiere su invalidación, *siempre se exigirá un proceso para comprobar la alegada inexistencia*, los distintos ordenamientos procedimentales no adoptan este criterio clasificatorio, limitándose a normar sólo respecto de las categorías *nulidad absoluta* y *nulidad relativa* (en rigor, *anulabilidad*).

Mas no para allí el problema: ya que el principal efecto de toda sentencia es el del *caso juzgado*, que impide discutir útilmente en nuevo proceso lo ya decidido en ella, desde la óptica procesal cabe hacer ahora importante acotación: ante la existencia de tal efecto y en aras de evitar la socialmente perjudicial proliferación de pleitos, deben ceder todas las posibles y eventuales nulidades parciales emergentes del proceso ya terminado.

Obviamente, esta solución –que hace a la política más que a la técnica procesal– conlleva que el efecto del caso juzgado purgue cualquier nulidad, aun las llamadas *absolutas* o de *orden público* (art. 128).

Esta especial característica del proceso, en el cual priva la valía del principio del caso juzgado por sobre la disvalía de la nulidad absoluta, hace que –de hecho– *todo defecto procesal sea de carácter relativo* (o anulable).

2 Al pensar en términos de *inexistencia*, la explicación doctrinal choca con la realidad misma por transgredir los límites del campo de la racionalidad pura.

Insisto: en el derecho procesal no hay ni deben haber las categorías *inexistencia y nulidad absoluta.*

Ello se ve claramente en los distintos ordenamientos procedimentales que adoptan, expresa o implícitamente, una posición *unitaria* al respecto: bajo el rótulo de *violación de las formas* o *nulidad* o *inobservancia* o *anulación de los actos procesales*, norman la declaración de invalidez (o ineficacia) de *todas las categorías* antes mencionadas (arts. 124 y ss.).

He hecho referencia a nulidades o vicios parciales pues, a mi juicio, la invalidez total –por indefensión absoluta– no es alcanzada por el efecto del caso juzgado y ello permite su posterior cuestionamiento por la vía de proceso declarativo.

Ya es hora de intentar un acercamiento a la definición de *declaración de nulidad:* es la sanción (repito que utilizo el vocablo con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procedimental en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantía de los derechos justiciables.

De tal modo, la sanción opera no sólo respecto de la simple exteriorización del acto (forma propiamente dicha) sino también en cuanto a sus demás elementos.

3. LOS PRESUPUESTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD PROCESAL

Dos sistemas antagónicos regulan el tema: el que detalla en inventario exhaustivo (y generalmente taxativo) el posible elenco de casos sancionables (por ejemplo, los códigos de Brasil, Colombia, Chile, y Panamá) y el que se concreta a establecer grandes directrices generales en las cuales debe encuadrar el juez el caso concreto (así lo hacen todos los códigos argentinos y los de Paraguay y Perú, por ejemplo). Ambos sistemas con obvias ventajas e inconvenientes que no es del caso explicar aquí.

La regla que surge del primer grupo se conoce con el nombre de *nulidad expresa* y es de aplicación bien sencilla: si la hipótesis nulificante se halla inventariada en la norma que rige el caso, procede su declaración. Caso contrario, no.

El segundo grupo no presenta inventario alguno sino que otorga pautas de suficiente latitud para que el juez aprecie en cada caso concreto si cabe o no declarar la nulidad.

Tales pautas están contenidas en *reglas* que doctrinalmente reciben las denominaciones de *especificidad, finalismo, trascendencia, protección, subsanación* y *conservación.*

El conjunto de todas ellas se estudia bajo el rótulo de *presupuestos de la nulidad procesal,* entendiéndose la palabra *presupuesto* en el mismo sentido ya explicado en la Lección 11.

Por mi parte, en la tesitura ya mostrada a partir de la Lección 8, creo que la palabra *presupuesto* debe ser entendida como *condiciones* para la realización de algo: de ahí que denomino como *requisitos* a los que seguidamente expongo.

Como luego se verá, tales presupuestos –legislados expresamente en los códigos que adoptan este sistema– juegan armónicamente: en tanto unos son *positivos* (*deben aparecer* en el terreno de los hechos para que la nulidad pueda ser declarada) otros son *negativos* (a la inversa que el anterior, *no deben aparecer* en el terreno de los hechos pues, caso contrario, la nulidad no puede ser declarada).

Véase ahora cómo armonizan todas esas pautas para poder llegar a la declaración de nulidad de un acto procedimental.

1) *Afirmación de parte acerca de la irregularidad de un acto*

En primer lugar, toda la explicación debe partir de una premisa básica: es menester que se afirme por una parte (art. 125) en el proceso la *existencia de un acto irregular* (con un vicio de mayor o menor jerarquía, conforme a las categorías antes explicadas) que no guarda las formas que para su validez exige el modelo patrón.

Adviértase que he limitado a la *parte procesal* la afirmación de la existencia de la irregularidad procesal, pues en el proceso seguido conforme con los postulados del sistema acusatorio el juez carece de posibilidad de declarar oficiosamente una nulidad procesal salvo, claro está y tal como ya lo afirmé *supra*, la indefensión absoluta.

Todo lo demás ingresa en el amplio campo del libre consentimiento de las partes.

2) *Existencia de sanción de nulidad específicamente prevista en la ley*

En un sistema esencialmente formalista, como el nuestro, resulta razonable que la propia ley sancione el apartamiento del modelo por ella establecido.

Por supuesto, no siempre fue así: la *Ordenanza francesa* de 1667, por ejemplo, facultaba a los jueces para declarar o rehusar nulidades según las circunstancias. Ello degeneró en abuso y, por ende, en arbitrariedad judicial, contra la cual reaccionó la Revolución Francesa: su conocida y característica idea de omnipotencia legislativa hizo que plasmara la reacción en norma positiva que luego pasó a casi todas las legislaciones que consagran el sistema: no existe sanción *sin texto legal que específicamente la consagre.*

Y de aquí el nombre del principio: *especificidad* (art. 124, 1° párrafo) que, resulta obvio, debe ser de interpretación *estricta.*

> Ejemplos de sanción expresa de nulidad son los que muestran los arts. 42, 49, 55, 69, 244, 247, 419; LOPJ, 28, 29, 66.

Aunque el sistema así instrumentado implicaba una indudable conquista, en los términos planteados ofrecía serios inconvenientes: no siempre resultaba posible que el legislador previera *a priori* todos los posibles casos sancionables, con lo cual quedaban fuera de toda factibilidad nulificatoria muchos supuestos en los cuales ella no debía obviarse.

De ahí que fue necesario consagrar otra regla que recibió el nombre de *nulidad virtual* mediante la cual se equiparó toda *cláusula prohibitiva* de la ley a la previsión por ella de la sanción expresa de nulidad (art. 124, 3° párrafo).

De tal forma, y desde entonces, el quebrantamiento de la prohibición legal trae aparejada la posibilidad de anular el acto respectivo.

Aun así, el principio es de extrema dureza, pues posibilita inútiles declaraciones de nulidad que a nada conducen y obvia casos en los cuales puede estar resentido el derecho de defensa, con lo cual el sistema todo puede ser tachado de formulista.

Así es cómo, desde antaño, la regla se atenúa, primero doctrinal y luego, legislativamente, mediante la introducción al sistema de dos importantes variantes: las reglas del *finalismo* y de la *trascendencia.*

3) *Finalidad incumplida del acto*

La regla del *finalismo* enseña que, aun cuando no exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se halla facultado sin más para declarar la nulidad (art. 124, 2° párrafo).

Esta atenuación, que también es de interpretación estricta, otorga al sistema un grado necesario de flexibilidad que le permite escapar de los excesivos rigores del formalismo extremo (en esencia, se trata de una simple aplicación extensiva del principio de libertad de las formas).

Su aplicación práctica permite afirmar que la forma no es buena sólo por estar consagrada en la ley sino por su aptitud para lograr el fin al cual está dirigido. En otras palabras, se trata de conocer al árbol por su fruto, de subordinar el medio al fin.

4) *Trascendencia del acto (existencia de perjuicio)*

Para llegar a la declaración de nulidad se exige algo más: debe existir *un inte-*

rés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes.

Y es que la aplicación estricta de la regla de la especificidad en su formulación originaria permitía mantener la sanción de nulidad para muchas formalidades reconocidamente inútiles, llegándose a declarar la *nulidad por la nulidad misma*, con desconocimiento de la verdadera función de las normas procesales.

Por ello, en la tesitura de escapar al ritualismo, ya desde el derecho francés no se acepta la declaración de nulidad en el *exclusivo beneficio de la ley.*

De tal modo, se exige que el acto que se reputa nulo ocasione, a quien tal cosa sostiene, *un concreto perjuicio de indefensión.*

Congruente con ello, cuando el interesado propone la nulidad, debe invocar la causa que la ocasiona y los hechos en los cuales ella se funda, exponiendo al mismo tiempo las razones que permitan concluir que, por el vicio procesal, quien deduce la nulidad ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplirla cuando era pertinente.

Esta regla exige que la nulidad sea trascendente, y, por eso, recibe el nombre de *trascendencia* (art. 126).

5) *Debe mediar petición de parte*

Esta regla merece especial atención, porque es aquí donde se pone de relieve la importancia de la afirmación referida a que no se aplica en el derecho procesal la conocida clasificación de nulidades absolutas y relativas.

La doctrina equipara desde antaño estas categorías con los distintos intereses que pueden hallarse en juego. Y así, se dice que la nulidad absoluta es de orden público y, por ende, inconsentible, en tanto que la relativa es de mero interés privado y, por ello, convalidable.

Quienes así lo hacen, efectúan su afirmación desde la óptica exclusiva del litigio civil y sin aclarar debidamente cuándo opera una nulidad absoluta en el proceso, dejando de lado el penal, cuya esencia responde a otros principios de indudable raigambre constitucional.

Colocando el tema en la mira de una teoría general del proceso de las garantías constitucionales y, por tanto, computando al efecto sus diversas ramas, parece conveniente dejar definitivamente de lado –por confusa e inservible a estos efectos– la distinción entre nulidad absoluta y relativa, trocándola por otra que pueda resultar más clara para el intérprete.

Y, así habrá que hablar de una *nulidad declarable sólo a petición de parte* y *nulidad que también puede (o debe) declararse de oficio por el juez.*

En el orden civil, en el cual se tiene en cuenta preponderantemente el mero interés meramente privado en litigio, es lógico que se necesite la petición de parte como presupuesto de la declaración de nulidad, pues el juez no debe actuar de oficio salvo que exista caso de *auténtica indefensión* (arts. 125 y 128 *in fine*).

Sin embargo, esta última afirmación también es relativa pues sobre la voluntad del juez (en rigor, de la ley) priva la del propio interesado: su consentimiento expreso o tácito a un acto obviamente anulable, imposibilita toda actuación oficiosa.

En el orden penal, el interés en juego es por completo diferente: la vida misma y la libertad del reo.

Y aquí, conforme expresas garantías que consagran habitualmente las constituciones, ningún vicio es subsanable cuando éste no permite que el acto defectuoso obtenga su finalidad, por lo cual todas las partes pueden impetrar útilmente su anulación o el juez suplirla de oficio, ambos en cualquier estado y grado del proceso.

Efectuada esta aclaración, y retornando al campo del proceso civil, fácil resulta comprender el por qué de la inclusión de este presupuesto en nuestro esquema.

Hasta aquí he mencionado los principios que pueden considerarse como positivos. Véanse seguidamente los negativos.

6) *Protección del acto*

En un proceso concebido según la regla moral, no puede permitirse ni apañarse la añagaza o la artería.

De ahí que parece razonable sostener lógicamente que, por aplicación del principio de moralidad y de elementales reglas de buena fe, no debe alegar la nulidad aquél cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia (art. 127).

Con ello, *se trata de proteger la validez del acto, acordando legitimación para impetrar la nulidad* sólo a la parte a quien no se puede imputar su comisión viciosa.

Esta regla recibe el nombre de *protección.*

7) *Subsanación del acto*

Este presupuesto negativo implica la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto.

La subsanación puede efectuarse, hablando muy latamente, de diversas maneras (art. 128):

a) *Actuando el interesado de conformidad con el acto viciado.*

Parece totalmente irrelevante sostener la posibilidad nulificatoria si quien podía quejarse al respecto no sólo no lo hizo sino que, antes bien, cumplió una determinada y concreta conducta en acatamiento a lo dispuesto o actuado con vicio.

b) *Produciendo el interesado un nuevo acto que confirma o ratifica el acto anulable.*

c) *Cumpliendo con su finalidad jurídica*

Atendiendo a que el principio del finalismo ya antes citado implica la prevalencia del resultado sobre el medio que debe emplearse para alcanzarlo, un acto defectuoso no debe ser declarado nulo cuando, no obstante su desajuste con el patrón contenido en la norma, *ha cumplido acabadamente con su finalidad*: piénsese, por ejemplo, en una cédula de notificación con irregularidades y que, al llegar a manos del interesado, le permite enterarse cabalmente de lo que se le debía noticiar en el caso.

¿Qué sentido, sino un puro e irracional apego a un absurdo formulismo, tendría declarar la nulidad por el vicio de forma?

Como se ve, esta idea de la obtención de la finalidad del acto no hace al concepto de nulidad sino al de utilidad de su declaración.

d) *Indiferencia de la declaración de nulidad del acto*

Teniendo en cuenta la utilidad que produce la anulación, ella no procede cuando es *indiferente a los fines del proceso.* Aunque en rigor no constituye un supuesto de subsanación, algunas legislaciones subsumen el caso en este título.

e) *Sustitución del acto vicioso*

Aunque tampoco se trata técnicamente de un supuesto de subsanación, es habitual que se incluya como tal a la *sustitución del acto vicioso,* consistente en su repetición con caracteres de regularidad.

f) *Revalidación del acto*

Igualmente se opera la subsanación por *revalidación del acto,* lo cual ocurre cuando el interesado, sabedor de la existencia del vicio, lo consiente expresa o tácitamente. En este caso, dejando precluir la oportunidad para impugnarlo por el medio adecuado al efecto que, según los distintos códigos, puede ser –en la propia instancia– el recurso de reposición o el incidente de nulidad.

Como es obvio, quedan a salvo en este caso los sujetos a quienes la ley protege de su propia incapacidad (por ejemplo, CC, 1041).

g) *Conservación del acto por duda*

Algo más falta aún para llegar a la declaración de nulidad: se trata de una regla que rara vez se halla legislada pero que surge obvia de la naturaleza misma de las cosas y, con mayor razón, en la aplicación del derecho.

Partiendo de la base que la nulidad es similar a la nada, elementales razones de seguridad y orden permiten afirmar que toda declaración de nulidad es en sí misma disvaliosa y que sólo cabe llegar a ella en grado extremo y harto comprobado.

De ahí que resulte preservable todo acto procesal y que la declaración de anulación deba reservarse para ser empleada como medio último ante la existencia de una efectiva indefensión. Por eso, *siempre que exista duda en el juez acerca de si cabe o no declarar la nulidad de un acto dado, debe optar por conservar o mantener su validez.*

Así nace la regla de *conservación.*

h) *Declaración judicial de la nulidad*

Por último, para *que un acto sea nulo,* cabe destacar la vigencia de un presupuesto final: *la declaración judicial,* pues no hay nulidad procesal sin sentencia que la declare.

Para terminar, si se acepta –como puro recurso docente– la factibilidad de formular matemáticamente el juego de los distintos presupuestos positivos y negativos que he analizado hasta ahora, puedo sintetizar lo expuesto con la fórmula que inserto al final de esta Lección.

4. LOS MEDIOS PARA HACER INEFICAZ A UN ACTO PROCEDIMENTAL

Adelanto sintéticamente ahora lo que se desarrollará en Lecciones posteriores (particularmente, en la Lección 27): según quién sea el sujeto que realiza la actividad que se reputa ineficaz, la declaración respectiva puede ser instada por la parte interesada por distintas vías:

1) *acción o excepción:* si el acto que se ataca fue realizado por la contraparte;

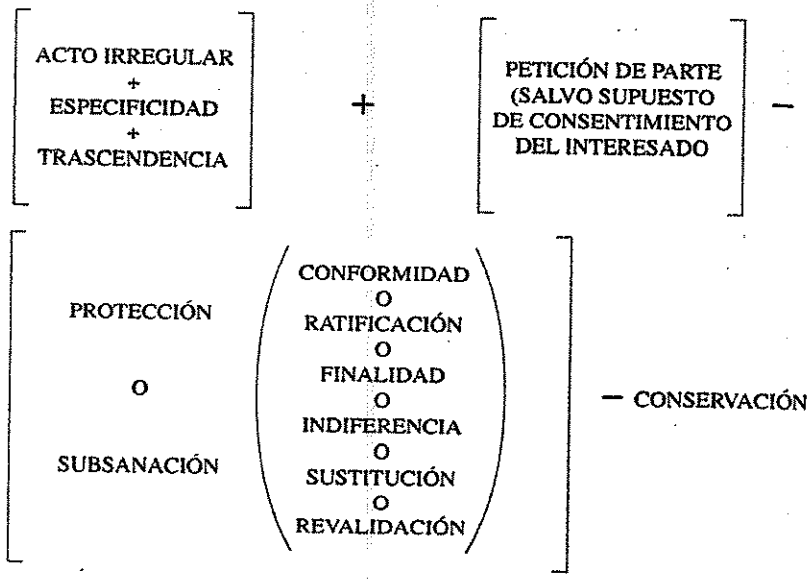
2) *incidente:* si el acto que se ataca fue realizado por quien no es parte ni autoridad (juez o árbitro);

3) *recurso:* si el acto que se ataca fue realizado por autoridad (juez o árbitro).

Este esquema, que se corresponde lógicamente con los que se han visto acerca del proceso, no es aceptado por ciertas legislaciones que confunden los medios de ataque, autorizando vías cuyo ejercicio no se compadece con lo expuesto.

Claro está, el sistema codificado siempre es contingente y, para saber cómo opera en un lugar dado habrá que ocurrir a la ley respectiva.

Otras legislaciones, por fin, autorizan también la declaración oficiosa imponiendo al juez el deber de evitar la ineficacia del proceso o de la sentencia que se dicte a su término.



+ DECLARACIÓN JUDICIAL = **NULIDAD PROCESAL**

LECCIÓN 12

LAS PARTES PROCESALES

SUMARIO

1. Concepto de parte
2. Calidades esenciales de la posición
3. Capacidad
4. Clasificación
5. Legitimación
6. Modificaciones en la posición
   6.1. Transformación
   6.2. Reemplazo
      6.2.1. Sucesión
      6.2.2. Sustitución
7. Pluralidad de partes y fenómeno que origina
8. Litisconsorcio
   8.1. Concepto
   8.2. Clasificación
      8.2.1. Relación litisconsorcial
         8.2.1.1. Concepto
         8.2.1.2. Efectos
      8.2.2. Relación litisconsorcial necesaria
         8.2.2.1. Concepto
         8.2.2.2. Efectos
9. Representación procesal
   9.1. Legal o necesaria
      9.1.1. De personas jurídicas
      9.1.2. De personas físicas
   9.2. Convencional o voluntaria
10. Gestión procesal

1. EL CONCEPTO DE *PARTE PROCESAL*

El concepto de *parte procesal* ha variado notablemente en el tiempo, acompañando la evolución doctrinal del derecho procesal.

La idea que tradicionalmente se tuvo sobre el tema era correlativa del concepto de *acción procesal* concebida como un *derecho concreto* (ver la Lección 4), no desvinculado del derecho material que, por medio de su ejercicio, se hacía valer o se discutía en pleito.

De tal forma, para la antigua concepción, el vocablo procesal *parte* configuraba un concepto equivalente al de *parte de la relación jurídica material litigiosa.*

Tan antigua idea debió ceder a poco que se tipificara a la acción como un derecho *abstracto* (por oposición a *concreto),* sin vinculación alguna con el derecho material cuya existencia se pretendiera en el proceso.

Y es que la vida jurídica enseña que no siempre quien litiga es titular del derecho material cuyo señorío afirma.

Para advertir la veracidad de este postulado, suponga el lector que Juan ha vendido una cosa a Pedro y que éste no saldó su precio. Juan pretende el pago y Pedro lo resiste: se ha configurado el *conflicto* en el plano de la realidad social. Como no existe solución autocompositiva al respecto, ahora Juan demanda judicialmente a Pedro, afirmando que éste le debe el precio de la compraventa: ya se ha visto en la Lección 1 que esto constituye el *litigio.*

Si bien se mira, los *sujetos - partes del conflicto* (Juan vendedor - Pedro comprador) coinciden con los *sujetos - partes del litigio* (Juan demandante - Pedro demandado): en otras palabras, y a tenor de lo que sostiene la doctrina generalizada, las *partes de la relación material* se han convertido ahora en *partes de la relación procesal.*

Pero la experiencia jurídica enseña incontrovertiblemente que Juan puede creer –de buena fe– que le vendió a Pedro cuando ello no ocurrió en la realidad. De tal modo, el conflicto no ha aparecido en el plano de la realidad. Sin embargo, Juan puede afirmar su existencia en el plano del proceso.

Y aún más: sabiendo Juan que carece de toda relación con Pedro, decide demandarlo afirmando, por ejemplo, la existencia de una compraventa incumplida: al igual que en el caso anterior, tampoco aquí existe conflicto y, sin embargo, en ambos supuestos *hay litigio.*

De donde se puede ya colegir que existen relaciones nacidas con motivo del proceso que no se encuentran necesariamente precedidas por una relación material en estado de conflicto.

En otras palabras, no siempre existe plena coincidencia entre los sujetos que litigan (partes procesales) y los sujetos de la relación cuya existencia se afirma en el proceso (partes materiales).

Surge claro así que el concepto tradicional que identifica a la parte procesal con los sujetos de la relación obligacional no alcanza a explicar qué es la *"parte"* en pleito en el cual, por ejemplo, se rechaza la demanda por ausencia del derecho material afirmado en ella.

De ahí que el concepto de parte debe ser esencialmente de carácter *formal*: con total independencia de la relación material debatida, es *parte procesal* todo sujeto que de manera permanente o transitoria deduce en el proceso una pretensión en nombre propio o en cuyo nombre se actúa (nunca asume el carácter de parte el representante de ella) y aquel respecto de quien se pretende.

2. LAS CALIDADES ESENCIALES DEL CONCEPTO DE PARTE

El concepto vertido en el número precedente permite al lector advertir tres calidades esenciales de toda parte procesal:

1) *en todo proceso las partes deben ser dos:* el pretendiente y el resistente en el afirmado conflicto, el actor y el demandado (en el campo civil) o el acusador y el reo (en el campo penal). No importa a este efecto cuántas son las personas que actúan (una o varias en cada sector): siempre ocupan *dos posiciones* o *bandos.*

Esta calidad se conoce doctrinalmente con la denominación de *dualidad* del concepto de parte y es la consecuencia natural de la idea *de acción procesal,* que *siempre* es una instancia *necesariamente bilateral;*

2) en *todo proceso las posiciones duales deben hallarse enfrentadas, exhibiendo un claro antagonismo entre los sujetos (gente o ente) que las ocupan*: esta característica es propia y, además, natural consecuencia de la idea lógica de proceso ya explicada largamente en la Lección 8.

Recuérdese que no hay ni puede haber proceso cuando varios sujetos están inicialmente de acuerdo entre ellos;

3) *en todo proceso las partes deben hallarse en pie de perfecta e irrestricta igualdad.* A esta calidad ya me he referido en la Lección 9, correspondiendo ahora insistir particularmente en idea ya varias veces sostenida en esta obra: por ser el proceso el objeto al que tiende la acción procesal y, a su turno, por tratarse ésta de una instancia necesariamente bilateral, las partes deben ser *siempre duales, antagónicas* e *iguales* pues de lo contrario no se presenta en el caso la idea lógica de proceso y, por ende, se estará ante un simple procedimiento incapaz de lograr los efectos propios de aquél.

De esta característica se extrae que a ambas partes ha de acordarse siempre la posibilidad de hacer valer las afirmaciones, negaciones, confirmaciones y alega-

ciones que sean menester en orden al litigio operado entre ellas, a fin de que una pueda contradecir a la otra.

Tal es la razón por la cual se conoce doctrinalmente a esta calidad con la denominación de *contradicción,* a la cual ya he mencionado como regla procesal en la Lección 9.

Resta agregar que, conforme a diversos criterios (el tipo de procedimiento adoptado para procesar una pretensión, o las contingencias procedimentales de alguna de las etapas del proceso, o el contenido de la materia litigiosa), es habitual denominar a las partes con otros nombres corrientes en la jerga forense: *ejecutante* y *ejecutado, recurrente* y *recurrido, apelante* y *apelado, embargante* y *embargado, incidentista* e *incidentado, deudor* y *acreedor,* etc.

Pero cabe dejar en claro que ninguna de tales contingencias procesales puede alterar la posición originaria (de actor o de demandado) asumida en el proceso, que no se pierde nunca.

3. LA CAPACIDAD DE LA PARTE PROCESAL

Toda persona que desea actuar procesalmente debe ostentar una *capacidad* que admite ser analizada desde tres ángulos diferentes:

1) *capacidad jurídica para ser parte procesal*

El tema ya ha sido desarrollado en la explicación de los presupuestos de la acción procesal.

Sin embargo, cabe reiterar aquí que *toda persona* natural o jurídica tiene este tipo de capacidad por el sólo hecho de serlo.

En rigor, el tópico en cuestión analiza la idoneidad o aptitud jurídica que debe tener cualquiera persona para revistar en calidad de parte procesal (o sea, para ser *titular* de los derechos, deberes, obligaciones y cargas que surjan como consecuencia del proceso).

Se desprende de lo expuesto que las personas de existencia visible ostentan tal capacidad desde su concepción y hasta su muerte comprobada o declarada, y que las jurídicas (de derecho público o privado) lo son de acuerdo con la reglamentación vigente en cada lugar (habitualmente desde el otorgamiento de la personalidad por acto de autoridad hasta su disolución).

Además de lo expuesto, y como simple forma de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa en juicio, también ostentan este tipo de capacidad algunos entes que no son propiamente *personas jurídicas* (simples asociaciones, sociedades irregulares o de hecho) y otras más que ni siquiera son *personas* (una *masa* o *conjunto de bienes* que pueden ser titulares de una relación jurídica litigiosa: herencia vacante, masa del concurso o quiebra).

Por supuesto, la actuación de estos entes se encuentra regulada legalmente, estableciéndose que quien litiga por ellos es una persona física legitimada al efecto: curador, síndico, etc.;

2) *capacidad procesal para actuar personalmente y por sí mismo en un proceso*

El tema será desarrollado en la explicación de los presupuestos de la demanda judicial (ver la Lección 17).

Sin embargo, cabe reiterar aquí que el tópico en cuestión se vincula con la aptitud que debe tener el sujeto (gente o ente jurídicamente capaz) que asume el carácter de parte procesal *para ejercer por sí mismo* los derechos, deberes, obligaciones y cargas que genera todo proceso.

De acuerdo con ello, carecen de esta capacidad procesal:

2.1) *los incapaces absolutos del derecho civil*

En la legislación argentina lo son las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes declarados tales por juez competente y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (CC, 54);

2.2) *los menores púberes o adultos*

Salvo en lo que refiere a numerosas excepciones autorizadas por las leyes.

Por ejemplo, no son procesalmente incapaces:

- quienes gozan de autorización para ejercer oficio, profesión o industria o el comercio, si la respectiva pretensión se funda en relación jurídica emergente de tales actividades (CC, 55 y 128; CCom, 10, 11 y 12);
- quienes trabajan, si la respectiva pretensión deriva de sus labores o del ejercicio profesional para el que haya obtenido título habilitante (id.);
- quienes revisten la calidad de imputado penal, en el respectivo proceso (CPP, 12);
- quienes pretenden obtener licencia judicial en defecto de autorización paterna o la emancipación por habilitación de edad (CC, 131);
- quienes se hallan emancipados por matrimonio o por habilitación de edad, para actuar en proceso que versa sobre actos de administración de bienes adquiridos a cualquier título y sobre actos de disposición de bienes adquiridos por

título oneroso o gratuito a condición, en este caso, de que exista autorización judicial para disponer de ellos; etc. (CC, 135);

2.3) *las personas inhabilitadas judicialmente*

Por ejemplo, por razones de ebriedad habitual, uso de estupefacientes, disminución de facultades mentales, prodigalidad, etc. (CC, 152 bis);

2.4) *los penados*

Por ejemplo, respecto de pretensiones de contenido patrimonial o derivadas del ejercicio de la patria potestad. Esta incapacidad deriva de la normativa penal y se circunscribe sólo a lo taxativamente enumerado por la respectiva legislación (CPen, 12).

En la Argentina, por ejemplo, esta incapacidad no alcanza a pretensiones fundadas en derechos personalísimos: divorcio, filiación, nulidad de matrimonio, etc.;

2.5) *los fallidos*

Por ejemplo, para litigar acerca de bienes de la masa, aunque las legislaciones les permiten solicitar medidas conservatorias de ellos (LCQ, 110).

Adviértase que haciendo jugar al mismo tiempo ambas capacidades ya vistas –la jurídica y la procesal– resulta que todos los recién enunciados están legitimados para ser partes procesales pero no lo están para actuar por sí mismos en los respectivos procesos (ya que carecen de aptitud para contraer obligaciones).

De ahí que el legislador deba superar normativamente tal antinomia, cosa que hace al instituir la *representación necesaria,* que explicaré luego.

Baste por ahora señalar que cada incapaz de hecho tiene *siempre* un representante necesario que actuará por él en el proceso: el *padre* por el hijo, el *tutor* por el huérfano, el *curador* por el demente o el sordomudo o el inhabilitado o el penado, el *síndico* por el fallido, etc.;

3) *capacidad procesal para postular por sí mismo en un proceso*

El tema será desarrollado en la explicación de los presupuestos de la demanda judicial (ver la Lección 17).

Sin embargo, cabe reiterar aquí que aunque una persona sea *jurídicamente capaz* –y por ende, pueda ser parte procesal– y *procesalmente capaz* –y por tanto, puede litigar por sí misma, sin que sea menester contar con un representante necesario *ad-hoc*– muchas veces las leyes le niegan el derecho de postular *directamente* ante la autoridad, a fin de asegurarle desde la propia norma un correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Y así, en numerosas ocasiones se exige la asistencia de un *letrado* en calidad de *patrocinante* (o director de la defensa) o de *representante convencional* (mandatario judicial), quien es a la postre el que realiza cualquier exposición técnica ante el juzgador.

Los ordenamientos vigentes que imponen asistencia letrada otorgan:

- el *pleno* derecho de postulación a quien ostenta título de abogado (arts. 30 y 31);
- un derecho *menos pleno al procurador* (que aun cuando puede actuar solo en ciertas ocasiones, vgr. LOPJ, 323, precisa de un patrocinio abogadil en muchas otras) (LOPJ, 319, 3°);
- y, excepcionalmente, a la propia parte con capacidad procesal o a su representante necesario (art. 31).

La nómina de casos que integran estas excepciones es relativa y varía de una legislación a otra; a simple título ejemplificativo, recuerdo entre otros a los siguientes:

- la propia parte puede postular para solicitar la concesión del beneficio de litigar sin gastos (art. 31, 6°), o
- para lograr alguna medida precautoria (art. 31, 2°), o
- para contestar requerimientos de carácter personal; (art. 31, 4°) o
- para solicitar el libramiento de orden de pago y recibirla (art. 31, 5°), etc.

Cada uno de los casos se explica por sí mismo.

Para terminar este tópico resta agregar que las tres remisiones recién efectuadas envían a temas que aparentemente se hallan vinculados sólo con la persona del actor.

Sin embargo, lo dicho en tales lugares resulta extensivo al demandado (ver al respecto, la Lección 18).

4. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES

A pesar de su apariencia de simple interés docente o académico, el tema ostenta una clara importancia práctica en razón de que además de las partes que *esencialmente* deben intervenir desde el inicio mismo de todo proceso

(actor, demandado y demandado por el reconviniente[1]), pueden concurrir a éste diversos sujetos con una propia relación vinculada a la litigiosa por el objeto o por la causa o por ambos elementos a la vez, a raíz de lo cual exhiben un *derecho* o *un interés legítimo* para intervenir en el curso procedimental del litigio.

En otras palabras: sin ser partes del proceso, pueden llegar a serlo.

Pero además, una parte procesal puede circunscribir su actuación a ciertas y limitadas etapas procedimentales, y tener mayores o menores facultades en orden a la pretensión litigiosa.

De ahí que la doctrina admita desde siempre que las partes procesales pueden ser clasificadas en:

1) *originarias* e *intervinientes* o *posteriores*

Las primeras son el actor, el demandado y el demandado por el reconviniente.

Las segundas son todos quienes concurren voluntaria, provocada o necesariamente a un proceso ya pendiente, sin haber sido siquiera mencionados en la demanda o en la contestación (el tema se comprenderá adecuadamente luego de la lectura de las Lecciones 17 y 18);

2) *principales* o *primarias, accesorias o secundarias* y *adjuntas*

Las *principales* o *primarias* son aquellas que sostienen una pretensión propia e independiente de toda otra: actor, demandado, demandado por el reconviniente y ministerio público actuando como parte autónoma.

Las partes *secundarias* o *accesorias* son aquellas que actúan en ayuda de una parte principal pero sin pretensión propia: tercero asistente (art. 303).

Las *adjuntas* son las que actúan por mandato legal en un proceso ya pendiente, resguardando el interés social que eventualmente puede estar comprometido en toda cuestión calificada por la ley con el carácter de *orden público*: ministerio fiscal, defensor general en actuación promiscua (CC, 58 y 59), ministerio pupilar (LOPJ, 155 y 156);

3) *permanentes* y *transitorias*

Las primeras son las que ostentan el carácter de parte durante todo el curso del proceso: actor, demandado y demandado por el reconviniente.

1 Adviértase que es persona diferente a la del reconvenido.

Las segundas, también llamadas *incidentales*, son quienes intervienen sólo en determinadas actuaciones procedimentales con un fin preciso e interés limitado a ese fin: terceristas (arts. 320 y ss.);

4) *necesarias* y *voluntarias*

Las primeras son quienes indispensablemente deben participar en un proceso para que éste pueda obtener su objeto y resulte útil para la composición del litigio: actor, demandado, demandado por el reconviniente y tercero interviniente necesario.

Las voluntarias son quienes se vinculan espontáneamente al proceso por ostentar una propia relación conexa con la litigiosa: tercero interviniente con pretensión excluyente;

5) *simples* y *plurales*

En las primeras, la posición de parte se halla formada por un solo sujeto actuando en el respectivo bando litigante.

En las segundas, la posición de parte está integrada por varios sujetos.

5. LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES

Ya se ha visto en # 1 de esta Lección que el carácter de *parte procesal* (en rigor, *parte del litigio*) es puramente formal y se adquiere como simple consecuencia de asumir un sujeto el papel de actor o de ser demandado, con total prescindencia de que ostente o no, al mismo tiempo, la calidad de parte material (en rigor, *parte del conflicto)* afirmada como existente con anterioridad en el plano de la realidad social.

Obviamente, para que la sentencia que se emita luego del proceso resulte *esencialmente justa,* lo que allí decida el juzgador acerca del litigio (por simple aplicación de la regla de la congruencia, ver la Lección 9) debe coincidir exactamente con lo acaecido en el conflicto.

De tal modo, si éste no existió o no se confirmó su existencia o si quien demandó o fue demandado es o son personas distintas a las que hubieron de demandar o ser demandadas, la decisión del juzgador debe ser adversa a la pretensión del actor.

Resulta así de la mayor importancia saber –en algún momento– si quien adoptó voluntariamente el carácter de parte (actor) o éste le fue impuesto (demandado) es la misma exacta persona que se encuentra en el conflicto llamado a ser heterocompuesto.

Como puede apreciarse, no se trata aquí de investigar si el actor o el demandado tienen capacidad jurídica para ser parte procesal, sino si uno o los dos son las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia.

A esta cuestión –quién debe ser parte procesal (en rigor, quién debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito)– en un caso concreto se la denomina desde antiguo *legitimación para obrar* (o *legitimatio ad causam*).

La mayoría de los doctrinarios analiza el tema como vinculado o perteneciente sólo al derecho de fondo –y no al proceso– por cuya razón lo estudia siempre como un *presupuesto de la sentencia de fondo y mérito* y no como uno de la acción o de la demanda, lo que tiene su obvia importancia.

En rigor de verdad, se vincula estrechamente con la deducción útil de una *pretensión;* pero como la decisión al respecto debe ser adoptada en la sentencia, luego de tramitado todo el proceso, se enuncia a este presupuesto como propio de aquélla.

Sin embargo, algunas legislaciones muy modernas se apartan de estas líneas de interpretación y autorizan un tratamiento auténticamente procesal al darle el carácter de excepción previa siempre que resulte ser *manifiesta,* es decir que pueda afirmarse sin duda alguna desde el inicio mismo del proceso: que quien demanda no es la persona del acreedor que puede hacerlo o que quien es demandado no es la persona del deudor (no ocurre esto en CPC SFE pero sí en el CPCN, 347, 3°).

El problema se presenta a menudo: supóngase que Juan demanda a Pedro por el cumplimiento de un contrato creyendo que es su deudor cuando en realidad es un subcontratista de Diego, verdadero deudor.

En otras palabras: según la relación jurídica sustancial generadora del conflicto, sólo Pedro está legitimado para demandar y sólo Diego está legitimado para ser demandado, pues ambos son los *titulares del derecho litigioso.*

Claro es que podrá demandar Pablo y, por tal razón será parte procesal del litigio, pero como no es el auténtico acreedor no está legitimado para obtener una sentencia a su favor (ya que él no fue parte del conflicto).

El problema se complica en extremo a raíz de que en numerosas ocasiones las leyes legitiman a ciertas personas para demandar o ser demandadas a pesar de *no ser los titulares del derecho:* por ejemplo, es obvio que la titularidad del derecho para demandar la nulidad de un matrimonio pertenece a los cónyuges, legitimados al efecto como simple consecuencia de ostentar tal titularidad.

Sin embargo, algunas leyes autorizan a que otras personas (por ejemplo, los ascendientes) demanden dicha nulidad (CC, 219, 220 y 177) y a veces, a otras más (los descendientes) para intervenir en el respectivo proceso alegando la validez del vínculo.

Este ejemplo muestra un tipo de legitimación *extraordinaria* que se conoce con la denominación de *legitimación por categorías:* todos quienes están en la misma categoría (de socio, de pariente, de ascendiente, etc.) pueden actuar procesal y útilmente a pesar de no ostentar en sus personas la titularidad del derecho, que pertenece a otro sujeto.

Son, simplemente, *titulares del interés para obrar.*

El tema no es pacífico en la doctrina y los autores le brindan diferentes tratamientos que dan a las palabras usadas en este texto un alcance distinto al que ya les he otorgado.

Pero algo queda en claro para el lector: como consecuencia de la enorme amplitud con la cual cabe admitir a la acción procesal, cualquiera puede demandar si afirma en la demanda la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social.

Esto no quiere decir que la pretensión aneja a la acción sea estimada sin más al momento de la sentencia, en cuya oportunidad el juzgador debe analizar, por ejemplo, si quien dijo ser acreedor realmente lo es.

Y como esta tarea se cumple sólo en la sentencia (salvo que la falta de legitimación sea manifiesta, en el supuesto de las legislaciones que aceptan su tratamiento dentro del proceso) y allí se hace mérito de la calidad jurídica invocada, parece razonable aceptar que el tema no corresponde a la materia procesal, cual lo afirma importante doctrina.

Volveré sobre este tópico al explicar la Lección 25.

6. LAS MODIFICACIONES EN LA POSICIÓN DE PARTE

Habitualmente, actor y demandado permanecen ocupando sus respectivas posiciones antagónicas desde el inicio mismo del proceso y hasta la total ejecución de la sentencia que se emite acerca de la pretensión procesal.

Pero el curso del tiempo entre ambos actos –presentación de la demanda y ejecución del bien de que se trate– así como diversas relaciones que vinculan a las partes con ciertos terceros, generan muchas veces varios cambios de sujetos en la posición ocupada por alguno de ellos.

Y así es que cabe hablar del tema relativo a este tópico, dividiéndolo en dos supuestos: *transformación* y *reemplazo* de los sujetos que integran la parte procesal.

6.1. LA TRANSFORMACIÓN EN LA POSICIÓN DE LA PARTE

Existe *transformación* en la posición de parte cuando ésta ha sido ocupada inicialmente por un solo sujeto (parte simple) y con posterioridad pasa a ser ocupada por varios (parte compleja) o viceversa.

El primer supuesto se presenta cuando a una de las partes originarias (actor o demandado) se le suma en el curso procedimental por lo menos un sujeto (tercero interviniente coadyuvante) que ostenta una propia relación con alguna de aquéllas que es conexa por la causa con la que se halla litigiosa.

Del mismo modo, cuando a base de una relación jurídico-material inescindible no han demandado o no se ha demandado a todos los sujetos que necesariamente deben ocupar la respectiva posición de parte procesal para que la sentencia a dictar sea de cumplimiento *posible* y *útil*.

El caso inverso –de compleja a simple– se presenta cuando varios sujetos han demandado o sido demandados conjuntamente y, por una de varias razones posibles, algunos de ellos se retiran del proceso dejando la posición de parte ocupada por un solo sujeto (por ejemplo, algunos coactores desisten del derecho litigioso y uno solo de ellos decide permanecer litigando).

La importancia del tema es obvia: cuando varios sujetos se encuentran colitigando en una determinada posición procesal a base de un mismo hecho (supuestos de conexidad causal y de afinidad, ver la Lección 8) existe entre ellos un especial vínculo que hará que ostenten siempre una *suerte común* respecto del hecho (caso de relación litisconsorcial, ver #8.2.1 de esta Lección) o de la conducta que el juzgador les imponga eventualmente cumplir después de sentenciar el litigio (caso de relación litisconsorcial necesaria, ver #8.2.2.1 de esta Lección).

De tal modo, el juzgamiento no es igual en los distintos supuestos y eso debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de sentenciar. El tema se comprenderá luego de cónocer los efectos de la relación litisconsorcial (como género y como especie, ver # 8 de esta Lección).

6.2. EL REEMPLAZO DE LOS SUJETOS QUE OCUPAN O QUE DEBEN OCUPAR LA POSICIÓN PROCESAL

Durante el curso procedimental o aun para iniciar el proceso, puede ocurrir que el sujeto que se halla ocupando o que debe ocupar originariamente una de las posiciones procesales sea reemplazado por otro u otros a raíz de razones varias que se explicarán luego.

En orden a tales razones corresponde tratar el tema desde una doble óptica: la *sucesión procesal* y la *sustitución procesal*.

6.2.1. LA SUCESIÓN PROCESAL

Existe *sucesión procesal* siempre que el sujeto que ocupa efectivamente una de las posiciones procesales originarias es reemplazado por otro u otros, a

consecuencia de un acto entre vivos o por causa de muerte que transmite los derechos litigiosos –con la consiguiente pérdida de legitimación– y convierte al reemplazante en el nuevo legitimado para obtener una sentencia de mérito.

La sucesión puede ser a título *universal* o *singular* y ambas tienen origen en los dos supuestos recién mencionados e implican la natural consecuencia en el proceso de la transmisión genérica o particular de los derechos sustanciales.

1) Existe *sucesión procesal a título universal* cuando se opera la transmisión de una *universalidad de bienes* y alguno de los que la componen se halla en litigio.

Este tipo de sucesión puede ser:

a) *por fallecimiento (mortis causæ) real o presunto de una persona física*

A raíz de ello, se transmiten sus bienes en favor de sus herederos y legatarios de cuota. Inmediatamente después de que esto ocurre, el carácter de *sucesor* es asumido por *todos* los herederos y legatarios –como masa representada por un administrador (ver #3 en esta Lección) (arts. 47 y 597)– hasta que se realiza la división de la herencia y se aprueba la partición; desde allí en más permanecerá como parte procesal sólo aquel heredero o legatario de cuota a quien se adjudicó la cosa que se halla en litigio.

Resta agregar aquí que esta figura sucesoria no se presenta en todos los supuestos justiciables, pues hay casos en los que la muerte de la parte procesal determina sin más la extinción del respectivo proceso, sin posibilidad de que participen en él eventuales sucesores (por ejemplo, muerte del presunto insano estando pendiente el juicio de declaración de incapacidad);

b) *por extinción o disolución de personas jurídicas*

En este caso ocurre algo similar al del fallecimiento de persona física, debiendo suceder en la posición de parte procesal quien actúe en calidad de *liquidador*.

Sin embargo, algunas legislaciones (como la argentina) establecen que este supuesto no implica la pérdida de la personalidad jurídica –solución por cierto contingente– la cual se reputa que continúa al solo efecto de concluir las operaciones sociales y de liquidar el respectivo patrimonio (Ln 19550, 101);

c) *por fusión y escisión de sociedades*

Ambos casos implican una necesaria transferencia de patrimonio (Ln 19550, 82). A raíz de ello, y de hallarse en litigio algún bien perteneciente a los primitivos entes (sociedad absorbida o sociedades escindidas), la calidad de parte procesal será sucedida a las nuevas sociedades.

2) Existe *sucesión procesal a título singular*, cuando se opera la transmisión de un derecho litigioso.

Esta sucesión puede ser:

a) *por actos entre vivos*

Por ejemplo, compraventa, donación, permuta, cesión, etc., del objeto controvertido en un litigio.

Este tipo de sucesión ostenta disímil regulación en los diferentes ordenamientos procesales: en tanto algunas leyes permiten sin más la presencia en el proceso pendiente del comprador, cesionarios, etc., con la consiguiente extromisión (alejamiento) de la parte originaria (vendedor, cedente, etc.), muchas otras no autorizan la extromisión o, a lo sumo, la sujetan a la aceptación de la contraparte (art. 28). En este supuesto, el sujeto que continúa actuando en la respectiva posición procesal pasa a ostentar la calidad de sustituto procesal (ver el número siguiente);

b) *por causa de muerte*

Como consecuencia del fallecimiento de una persona, su legatario puede sucederla en el proceso donde se discute acerca de la cosa legada.

El supuesto no debe ser confundido con el expuesto precedentemente bajo # 1.1 ya que aquí no se trata de un legatario de cuota y, por tanto, la transmisión se reduce a un bien determinado y no a una universalidad.

Como se desprende de lo explicado antes, en todos los supuestos tratados existe el reemplazo material de un sujeto por otro en virtud de haber cambiado la legitimación para actuar en el proceso en orden a obtener una sentencia que heterocomponga útilmente el litigio.

De tal modo, no existe sucesión procesal cuando el reemplazo se produce sin cambio de legitimación, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se producen variantes en la capacidad procesal de la parte: quien es capaz pierde su aptitud de litigar personalmente por sentencia de incapacitación o, a la inversa, cuando quien es incapaz (menor de edad) adquiere capacidad (por ejemplo, llega a la mayoría de edad).

En ambos casos existe un desplazamiento de personas: en el primero aparecerá el representante legal a suplir la inactividad de la parte; en el segundo, la propia parte desplazará a quien hasta entonces la representaba.

Pero adviértase bien que el carácter de parte (en cuanto a la legitimación) no ha variado en absoluto: *la parte es siempre la misma.*

6.2.2. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

Ocurre algunas veces que la ley o el contrato *legitiman* a ciertos sujetos para actuar en un proceso dado aun cuando, en puro derecho, ostenten la calidad de *terceros* respecto de una relación jurídica.

Por ende, no son ni pueden ser sin más partes ni sucesores singulares o universales de ellos en la relación material para intervenir en su discusión procesal en razón de tener una propia vinculación con alguna de las partes originarias gracias a la cual pueden ejercitar un derecho conferido por la ley, o deben asumir una obligación de garantía legal o contractual.

Cuando tal tercero decide actuar en un proceso, adopta la denominación tradicional de *sustituto* y pasa a ocupar la posición procesal de la parte *sustituida.*

Tal cosa puede hacerse respecto:

1) del *actor:*

El tercero lo sustituye *siempre voluntariamente* a fin de incoar el proceso (quien demanda es el propio sustituto) en razón de que la ley lo legitima para demandar directamente al deudor de su deudor (CC, 1196): es el caso de la llamada *acción subrogatoria* (arts. 315 a 319);

2) del *demandado:*

El tercero lo sustituye voluntariamente o provocado al efecto por el propio demandado en el proceso ya pendiente, en razón de que le adeuda –legal o contractualmente– una obligación de garantía respecto de la pretensión litigiosa: es el caso de la *citación en garantía,* que explicaré en la Lección 15. Allí volveré sobre el tema.

Para la cabal comprensión de la figura cabe compararla con la *sucesión* y la *representación* (ver # 6.2.1 y 9 de esta Lección):

a) en la sucesión hay siempre un *cambio* de persona legitimada para intervenir en la relación jurídico material y, por ende, para actuar procesalmente, a raíz de lo cual un sujeto (por ejemplo el cesionario) puede pasar a ocupar en el proceso el mismo exacto lugar de otro (por ejemplo, el cedente).

A consecuencia de ello, el sucesor (porque *continúa* a la persona del causante) carece de facultades para deducir defensas personales propias frente a la contraparte (aunque alguna legislación, contingentemente, disponga lo contrario).

En la sustitución se presenta un *nuevo legitimado* al lado del legitimado primitivo; por tanto, no hay cambio alguno en el régimen de legitimación sino una *suma* de sujetos que pueden actuar útilmente.

En consecuencia, el sustituto –que no *continúa* a la persona de causante alguno, pues no lo hay– puede deducir defensas personales propias frente a su contraparte;

b) en la representación (como se verá luego en # 9 de esta Lección), el representante actúa siempre a *nombre de un tercero* (el representado) y carece de todo interés propio respecto de la relación litigiosa.

En la sustitución, en cambio, el sustituto actúa siempre a *nombre e interés propio* aunque utilizando al efecto una relación jurídico material ajena, a la cual se encuentra indirectamente vinculado por la ley o por el contrato.

Además, los efectos propios del caso juzgado afectan por igual a sustituto y sustituido pero nunca alcanzan al representante.

Hasta aquí he descrito el fenómeno puro, con prescindencia –al igual que en el resto de la obra– de una concreta legislación acerca del tema.

Pero debo advertir al lector que cada normativa vigente regula dicho fenómeno en forma harto disímil.

De ahí que muchas veces exista confusión doctrinal respecto de las figuras de sucesión y sustitución, lo que se agrava en demasía cuando no se permite la extromisión del sustituido o del causante en la sucesión singular (art. 28).

Una cabal comprensión del tema exige el estudio detenido de la legislación de fondo y de forma de que se trate.

7. LA PLURALIDAD DE PARTES Y EL FENÓMENO QUE ORIGINA

Adelantando aquí lo que diré textualmente en la Lección 20, deseo remarcar que es natural que *un* procedimiento judicial sea el continente de *un* proceso originado en *una* pretensión demandada por *un* sujeto contra otro *un* sujeto.

Sin embargo, la realidad jurídica enseña que un sujeto puede pretender un objeto de uno o varios sujetos o, a la inversa, que varios sujetos pueden pretender de un sujeto uno o varios objetos y, finalmente, que varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de varios sujetos.

Cuando ello acontece, las normas procesales permiten configurar lo que la doctrina llama *proceso acumulativo* (en rigor, se trata de *procesos acumulados)* entendiendo por tal a aquel procedimiento que sirve para la satisfacción de por lo menos dos pretensiones.

El tratamiento puntual del tema se hará en la Lección 20, al tratar la *acumulación procesal.*

Por ahora, interesa destacar –cual lo adelanté al clasificar el concepto de *parte*– que una o las dos posiciones procesales pueden ser ocupadas por más de un sujeto: resulta de ello que hay una *parte plural* que está constituida por lo menos por dos sujetos que reúnen, originaria o sucesivamente, sus pretensiones o resistencias por mediar entre aquéllos una especial vinculación originada por una conexidad objetiva, una conexidad causal, una conexidad mixta objetivo-causal o una afinidad (ver sus conceptos en la Lección 5).

Ya hice notar en # 6.1. de esta Lección que el fenómeno de la pluralidad ostenta una singular y obvia importancia, toda vez que la tarea de juzgar es diferente cuando se trata de sentenciar acerca de una sola pretensión o de varias acumuladas.

Para poder comprender esta afirmación y el fenómeno procesal que se deriva de ella, cabe poner especial atención en el vínculo existente entre los diversos sujetos que se hallan colitigando en la misma posición procesal (actora o demandada) y no con la contraparte.

Los ejemplos del caso ya fueron expuestos en la Lección 5:

1) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad objetiva* (caso 3.2) hay siempre un interés concurrente de por los menos *tres sujetos.*

Aquí cabe distinguir dos supuestos:

a) la *conexidad objetiva es por identidad del objeto pretendido*

Caso del desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador;

b) la *conexidad objetiva* es *por incompatibilidad de las diferentes pretensiones que versan sobre un mismo objeto*

Caso de dos personas que pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra;

2) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad causal* (caso 3.3) o una *conexidad mixta objetivo - causal* (caso 3.4) o una *afinidad* (caso 4), existe siempre un interés concurrente de por lo menos *dos sujetos* (adviértase que el numero mínimo imprescindible de interesados es diferente en los supuestos 1 y 2).

Como en todas las hipótesis planteadas hay más de una persona ocupando la posición de parte procesal, y reiterando idea recién expuesta, corresponde investigar siempre si existe algún vínculo entre ellas y, en su caso, determinar cuáles son los efectos que derivarán de esto respecto de los sujetos plurales.

La doctrina no es pacífica acerca del tema; más aún: confunde al intérprete y al propio legislador, haciéndole emplear vocablos cuyo uso no se adecua con lo que acaece en la realidad.

Varios son los métodos que permiten explicar docentemente el fenómeno: desde hablar de la existencia de *una parte* integrada por varios sujetos hasta mencionar la coexistencia de *tantas partes* como sujetos se hallan litigando.

En anteriores trabajos utilicé uno de esos métodos; hoy utilizaré el otro, considerando que posibilita una mejor comprensión del tema.

1) Cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad objetiva* cada uno de los sujetos que litiga asume el papel de parte procesal *absolutamente independiente* de las demás que *ocupan su misma posición* (caso de conexidad por identidad del objeto) y, con mayor razón, de las que se hallan ocupando posiciones antagónicas (caso de conexidad por incompatibilidad de pretensiones sobre un mismo objeto).

2) Cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad causal* o una *afinidad,* cada uno de los sujetos que litiga asume el papel de parte procesal que actúa no independiente sino *coordinadamente* con las demás, en razón de que *siempre* existe un mismo y único *hecho causal* como basamento de todas las pretensiones.

Y, claro está, tal hecho debe ser juzgado *unitariamente* de modo que se acepte su existencia o su validez frente a todos o frente a ninguno, toda vez que no resulta lógicamente posible que el juez lo tenga por válido respecto de un litigante y como inválido en cuanto al otro que ocupa la misma posición.

Esta circunstancia origina el fenómeno de la *relación litisconsorcial* que explicaré luego.

3) Cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad mixta objetivo - causal,* cada uno de los sujetos que litiga asume un papel idéntico al recién señalado; por tanto, en razón de que aquí también el *hecho causal* es único y el mismo respecto de todas las pretensiones, su juzgamiento debe ser unitario e igual para todos los litigantes que ocupan la misma posición.

Pero hay algo más: como la conexidad es mixta, la solución que se brinda al litigio no sólo debe ser idéntica respecto del *hecho causal* sino también en cuanto al *objeto pretendido.*

Esta circunstancia origina el fenómeno de la relación *litisconsorcial necesaria,* que explicaré seguidamente.

8. EL LITISCONSORCIO

8.1. EL CONCEPTO

Etimológicamente, la palabra *litisconsorcio* deriva de la expresión latina *lis (litis),* que puede ser traducida por *litigio,* y *consortio (onis),* de *cum* y *sors,* que significa *suerte común.* Resulta de ello que, técnicamente, la voz *litisconsorcio* refiere a un *litigio con comunidad de suerte* entre las diversas personas que integran una de las posiciones procesales de actor o demandado.

Como ya lo dije en el número precedente, ello no puede ocurrir siempre en *todo* supuesto de existencia de varios sujetos integrando un mismo bando procesal, sino sólo cuando entre los colitigantes media una propia vinculación jurídica de tal entidad que requiere una *decisión judicial uniforme* para todos.

Por eso es que se ha dicho que entre los conceptos de *pluralidad de partes* y de *litisconsorcio* hay una relación de género a especie: todo litisconsorcio supone una pluralidad de partes, pero no ocurre lo propio a la inversa (esto, que lógicamente es definitivo, no surge del texto expreso de la ley, que en forma inexplicable confunde figuras inconfundibles, ver arts. 28 y 305 y ss.).

También dije en el número anterior que esta particular vinculación se presenta sólo en tres casos: cuando entre las distintas pretensiones que se sustentan en un mismo pleito hay *conexidad causal, conexidad mixta objetivo - causal* y *afinidad* (adviértase que en los tres supuestos el vínculo común es el mismo *hecho causal).*

Quedan así absolutamente descartados todos los supuestos de *conexidad objetiva* en los cuales podrá haber pluralidad de partes (absolutamente independientes) pero nunca litisconsorcio.

Por no haber advertido esta circunstancia tan obvia, la doctrina generalizada ha confundido al legislador y confunde hoy al intérprete hasta el punto que sigue hablándose de *litisconsorcio impropio* cuando ello no es litisconsorcio.

Se entenderá mejor la crítica luego de leer el punto siguiente.

8.2. LA CLASIFICACIÓN DEL LITISCONSORCIO

Tradicionalmente, la doctrina acepta cuatro criterios clasificatorios respecto del tema:

1) según que la pluralidad de sujetos consista en la actuación de varios actores frente a un demandado, de un actor frente a varios demandados, o de varios actores frente a varios demandados, el litisconsorcio se denomina, respectivamente, *activo, pasivo y mixto.*

Este tipo de clasificación sólo se concreta a mostrar la *posición procesal* en la cual se halla colocada la relación litisconsorcial, cosa que nada agrega o quita al concepto y que, de consiguiente, carece de toda relevancia técnica. Por tanto, es aconsejable prescindir definitivamente de ella;

2) según que la pluralidad de sujetos, actores o demandados, aparezcan *desde la iniciación* del proceso (casos de acumulación subjetiva de pretensiones conexas por la causa o afines y de acumulación subjetiva de pretensiones conexas por el objeto y por la causa, ver la Lección 8) o se verifique durante su *posterior desenvolvimiento* (casos de sucesión procesal sin extromisión, integración de litigio, acumulación de procesos –ver la Lección 20– e intervención

adhesiva autónoma o coadyuvante, ver la Lección 15), el litisconsorcio puede ser *originario* o *sucesivo.*

Al igual que el caso anterior, este criterio clasificatorio carece de todo sentido técnico y constituye sólo un método para la presentación académica del tema;

3) según que entre los sujetos que forman la posición con pluralidad de partes exista o no una verdadera vinculación jurídica que los haga seguir o no una suerte común, el litisconsorcio se clasifica en *propio* (una de sus variantes es el *necesario)* e *impropio.*

En razón de que este criterio clasificador sólo produce confusión en el intérprete, toda vez que –en rigor de verdad– el llamado litisconsorcio impropio *no es litisconsorcio* (no hay *suerte común* entre los diversos colitigantes), propongo dejarlo definitivamente de lado;

4) según que la constitución del litisconsorcio obedezca a la libre y espontánea voluntad de las partes o se halle impuesta por la ley o por la naturaleza inescindible de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión procesal, se distingue el litisconsorcio *facultativo* del *necesario.*

Este criterio clasificatorio obedece a la grave confusión conceptual que existe en la doctrina y en el propio texto de algunas leyes procesales, que denominan litisconsorcio facultativo a casos de pluralidad de partes emergentes de supuestos de pretensiones conexas por el objeto (recuérdese que allí son *siempre* independientes y, por tanto, *nunca* requerirán ostentar una *suerte común*).

Pero además, la palabra *facultativo* parecería indicar que la formación del litisconsorcio queda librada a la *exclusiva voluntad* del actor, cosa que es manifiestamente inexacta aun cuando la pretensión se base en relación jurídica *escindible,* toda vez que si alguien demanda en procesos separados (por ejemplo, a sus codeudores solidarios) las pretensiones *deben ser acumuladas* aun contra la voluntad del actor para que sean juzgadas en pronunciamiento único a fin de que puedan operar los efectos específicos de esta peculiar relación (ver # 8.2.1.2 de esta Lección).

Por tanto, se trata de una clasificación errónea que crea confusión en el intérprete y que, por ende, conviene también dejar de lado.

Por las razones expuestas, y no siendo aceptable *ninguno* de los criterios clasificatorios vistos precedentemente, dado que son inútiles o que confunden al lector, estimo que sólo cabe hablar de *litisconsorcio* (como género) para referir a la vinculación que existe entre varios sujetos ligados por una relación jurídica *escindible* y *litisconsorcio necesario* (como especie del género) para referir a la vinculación entre varios sujetos ligados por una relación jurídica *inescindible.*

8.2.1. LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL

8.2.1.1. EL CONCEPTO

El *género litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo de conexidad causal o de afinidad.

De tal forma, el litisconsorcio surge entre *varios sujetos* que son *cotitulares de una relación jurídica escindible* (ver el ejemplo en la Lección 5) o *afines* (idem), que ocupan una *misma posición procesal* y que deben tener *comunidad de suerte* en cuanto es idéntico el *hecho causal* de las respectivas pretensiones.

Esta *escindibilidad* es la que torna facultativo para el acreedor (he aquí otra de las razones que ha generado el error legislativo de denominar *litisconsorcio* a los supuestos de conexidad objetiva, en los cuales siempre hay independencia de actuación) el demandar (v. art. 134), v. gr., a uno o a otro de sus deudores o a ambos: el caso se presenta paradigmático en el supuesto de deuda solidaria, en el cual el acreedor puede elegir de entre sus varios deudores a la persona que demandará y percibir de ella el total de su acreencia.

Pero debe quedar en claro que tal facultad es *relativa,* toda vez que ello no significa dejar librada a la exclusiva voluntad del actor la formación del litisconsorcio so pretexto de que lo hace con fundamento en una relación escindible y de que nadie puede obligarlo a demandar a quien no quiere, ya que si demanda a sus diversos deudores en procesos separados éstos *deben ser acumulados* para su juzgamiento en pronunciamiento único que contenga igual solución para todos respecto del hecho causal (el tema se comprenderá cabalmente luego de la lectura de la Lección 20) (v. art. 340, 2°).

Y ésta es, precisamente la diferencia fundamental que existe entre la relación litisconsorcial (casos de conexidad causal, de conexidad objetivo-causal y de afinidad) y la simple acumulación subjetiva de pretensiones (casos de conexidad objetiva, ver las Lecciones 5 y 20) ya que esta última se caracteriza por ser verdaderamente *facultativa* para el actor en razón de que aquí es factible procesar y sentenciar por separado a cada pretensión y, aún más, separarlas después de haber sido incoadas conjuntamente.

De ahí que se diga desde antaño que en la relación litisconsorcial *no hay absoluta independencia* en la actuación de cada litisconsorte sino una clara *coordinación de intereses,* lo que se ve en sus *efectos,* aunque en el terreno de lo fáctico pueden presentar posiciones personales contradictorias (lo que se aprecia con facilidad en el caso de litisconsorcio necesario).

La necesidad de un pronunciamiento único es lo que hace que el fundamento de este instituto se halle en los principios jurídicos de *certeza* y de *segu-*

ridad y que nada tengan que ver con el tema las reglas procesales de *economía* y *celeridad.*

8.2.1.2. LOS EFECTOS DE LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL

Dado que este tipo de relación se genera respecto de pretensiones *escindibles* entre los distintos sujetos –de ahí su no necesariedad– la *suerte común* de los diversos litisconsortes alcanza *exclusivamente* a la declaración de existencia o inexistencia, o a la validez o invalidez del *hecho común* que sustenta la conexidad causal o la afinidad, con lo cual se diferencia nítidamente del litisconsorcio necesario (que se explicará luego).

En razón de que todos los colegitimados (litisconsortes) gozan de plena autonomía de gestión dentro de un procedimiento único y salvada la uniformidad de la decisión judicial que recaiga sobre el hecho común, la sentencia que se dicte sobre los procesos acumulados *podrá ser distinta* respecto de los litisconsortes en orden a las diversas *defensas personales* que ellos hayan podido esgrimir.

Así, si al ser demandados dos codeudores solidarios uno de ellos prueba la nulidad de la obligación cuya prestación se pretende, la respectiva declaración alcanzará al restante litisconsorte aunque nada haya alegado al efecto o, aún más, se haya allanado a cumplirla, pues se trata de la *validez del hecho común.*

En cambio, declarada la existencia y validez de la susodicha obligación, la sentencia podrá considerarla prescrita para uno y no para otro o aceptar una espera para uno y no para otro, etc.

De allí la trascendencia de anterior afirmación: si el litisconsorcio no se forma inicialmente y el actor demanda por separado a quienes pudo demandar conjuntamente y no lo hizo, los procesos *deben ser acumulados* pues en orden al *hecho común* se requiere un *pronunciamiento judicial único* realizado en un *mismo acto de juzgamiento* a fin de asegurar la uniformidad de aquél respecto de todos los litisconsortes.

8.2.2. LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL NECESARIA

8.2.2.1. EL CONCEPTO

La especie *necesaria* del *género litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo de *conexidad mixta objetivo-causal* (ver ejemplo en la Lección 5).

De tal forma, el litisconsorcio necesario surge entre *varios sujetos* que son *cotitulares* de una relación jurídica *inescindible,* que ocupan una *misma posición procesal* y que deben tener *comunidad de suerte* respecto de las dos pautas de conexidad: en cuanto al *hecho causal,* por ser *relación litisconsorcial,* y en cuanto a la *declaración o condena judicial* que recaiga sobre el objeto, por ser *necesaria.*

La *inescindibilidad* surge de la *conexidad mixta objetivo-causal,* que exige la *necesaria citación* de todos los legitimados en el litigio que se genera con motivo de aquélla, pues la eficacia y utilidad de la sentencia que se dicte se encuentra subordinada a la circunstancia de que la respectiva pretensión sea propuesta por varias personas o frente a varias personas o, simultáneamente, por y frente a varias personas.

Se desprende de ello que el fundamento último de este instituto se encuentra en la *seguridad jurídica* y que nada tiene que ver aquí la *economía procesal.*

En otras palabras, y como lo sostiene la mejor doctrina, el litisconsorcio necesario debe existir siempre que, por hallarse en tela de juicio una relación o estado jurídico que es *común* e *indispensable* con respecto a la pluralidad de sujetos, su modificación, constitución o extinción no tolere un tratamiento procesal por separado y sólo pueda lograrse por medio de un pronunciamiento judicial único para todos los litisconsortes.

Como lo que distingue al litisconsorcio necesario de la relación litisconsorcial es la *inescindibilidad* de la relación jurídica, conviene recordar ahora que ésta puede provenir:

1) de *la propia ley*

Por ejemplo, CC, 254, conforme al cual la demanda por reconocimiento de filiación matrimonial debe entablarse *conjuntamente* contra el padre y la madre; y

2) de la *propia naturaleza de la relación controvertida*

Es el caso de la división de condominio o de la partición de herencia que, aun cuando la ley nada diga al respecto, deben ser propuestas frente a todos los condóminos o coherederos; o de la pretensión de declaración de simulación de un acto jurídico, que debe dirigirse contra todas las partes que lo realizaron; o de la pretensión de nulidad de un acto jurídico, que debe ser demandada contra todos sus otorgantes; o de la impugnación de paternidad por parte de un tercero que debe ser dirigida contra el padre, la madre y el hijo, etc.

8.2.2.2. LOS EFECTOS DE LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL NECESARIA

En razón de tratarse en el caso de la *especie* del *género* litisconsorcio, el *necesario* tiene los mismos efectos ya vistos precedentemente, en #8.2.1.2.

Pero como aquí se trata de una relación inescindible en virtud de existir conexidad mixta objetivo-causal entre las pretensiones litigiosas, este tipo de relación produce otro efecto que es propio de su *necesariedad: también debe ser común la suerte que corran todos los litisconsortes en cuanto al objeto pretendido.*

En otras palabras, la sentencia que se emita respecto de todos los colitigantes no sólo debe ser *única* e *idéntica* en cuanto al *hecho causal* sino también en cuanto a la *declaración jurídica que contenga o en orden a la conducta que imponga cumplir.*

Un ejemplo ayudará a esclarecer la idea. Ya he mencionado antes que CC, 254 establece que la pretensión de filiación matrimonial debe ser incoada *conjuntamente* contra el *padre* y la *madre.* Lógica y congruentemente con ello, la decisión final que recaiga en la causa estimará o desestimará la demanda, pero *contra ambos litisconsortes,* toda vez que no es factible concebir racional ni jurídicamente un hijo matrimonial que lo sea del padre y no de la madre, o viceversa.

Resulta así –y como se verá más específicamente luego– que nada de lo que haga un litisconsorte (v. gr., reconocimiento del derecho) podrá ser opuesto al otro y, lo que es más importante, que ninguna relevancia tendrá ello si el otro litisconsorte obtiene la demostración de la inexistencia de tal derecho.

Simplificando la idea: si la madre se allana a la demanda en el ejemplo dado, su allanamiento no tendrá influencia alguna sobre el litigio del padre; pero es más: si éste logra salir triunfante en su defensa, arrastrará con ella a la madre, no obstante el allanamiento de la misma.

Por supuesto, el ejemplo puede multiplicarse: si la madre consiente la sentencia inferior que le otorga tal carácter y el padre la impugna y logra finalmente la revocación, el pronunciamiento inferior quedará sin efecto para el padre que la recurrió y también para la madre que lo consintió.

Otro tanto ocurre, v. gr., en el supuesto de intentarse demanda pretendiéndose la declaración de nulidad de una compraventa (en cuyo caso no es razonable que la sentencia declare la nulidad para el comprador y no para el vendedor o viceversa) o en la división de condominio (cuya respectiva pretensión exige, también razonablemente, que la cosa se divida o mantenga en común, pero frente a todos, etc.).

De lo expuesto se desprende que el litisconsorcio necesario debe efectuarse siempre *originariamente* y que si así no se hiciere, por obvias razones de utilidad procesal, el juez debe ordenar (actuando la voluntad de la ley y aun contra la voluntad de las partes) la adecuada e inmediata *integración del litigio.*

9. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

En # 3 de esta Lección, al explicar la *capacidad de la parte,* adelanté que puede ser *jurídica* (para ser parte), *procesal* (para actuar personalmente y por sí misma en el proceso) y *postulatoria* (para instar directamente ante la autoridad).

Interesa ahora la segunda, que refiere a la *legitimatio ad processum.*

Reiterando lo antes expresado, cabe recordar que toda persona (gente o ente) por el solo hecho de serlo tiene capacidad jurídica para ser parte procesal. Empero, es obvio que todas las personas jurídicas no pueden actuar de hecho por sí mismas: al igual que ciertas personas físicas, carecen de capacidad civil para obligarse personalmente (menores impúberes, por ejemplo).

Para obviar en el proceso esta antinomia que existe entre ambas capacidades –y al igual que lo que ocurre en el derecho en general– todos los ordenamientos legales aseguran el derecho de defensa de tales personas (que son jurídicamente capaces para ser partes aunque procesalmente incapaces para actuar por sí mismas) mediante otra figura que corresponde explicar ahora: la *representación.*

Pero el concepto no se detiene en lo expuesto: conocido es que toda persona tiene plena libertad para *apoderar* a un tercero a fin de que lo represente en ciertos actos por simple aplicación del principio de libertad inherente a ella.

Por tanto, cabe entender aquí por *representación* la actuación que cumple en el proceso un tercero ajeno al litigio sosteniendo la defensa del derecho o del interés de la parte procesal que no puede o no quiere actuar por sí misma (LOPJ, 318).

Surge de ello que la representación admite ser clasificada en *legal* o *necesaria* y *convencional* o *voluntaria* (arts 30, 31, 41 y ss.).

9.1. LA REPRESENTACIÓN LEGAL O NECESARIA

Es la que requiere *toda persona jurídica* y *todo incapaz civil de hecho* para poder asumir efectivamente la calidad de parte procesal, supliendo así la imposibilidad fáctica para hacerlo de las primeras y la propia incapacidad para obligarse de las segundas, con lo cual se asegura el derecho de defensa en juicio de ellas.

9.1.1. LA REPRESENTACIÓN LEGAL O NECESARIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas jurídicas (o morales o de existencia ideal) pueden ser de carácter *público* (el Estado, la Provincia, el Municipio, las entidades autárquicas, la Iglesia Católica en ciertos países, los estados extranjeros, etc.) o *privado* (las

sociedades civiles, las sociedades comerciales, las fundaciones, ciertas asociaciones –a las cuales generalmente se les exige que tengan por objeto principal el bien común y poseer patrimonio propio–, etc.).

Todo ente –público o privado– actúa de hecho y necesariamente por medio de personas físicas a quienes las leyes o estatutos otorgan el carácter de *representantes* para adquirir derechos y contraer obligaciones a nombre del *representado*.

Esta actuación ha sido ejemplarmente explicada en la nota a CC, 35:

«Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representación que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar; pero solamente en el dominio del derecho de los bienes. Muchas veces, las personas jurídicas son creadas para otros fines más importantes que la capacidad de derecho privado, y entonces los órganos generales de las personas jurídicas las representan al mismo tiempo en la materia de derecho privado. Cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial, la incapacidad natural de obrar de una persona jurídica, que es un ser ideal, esto debe entenderse literalmente. Más de un autor se figura que un acto que emanase de *todos* los miembros de una corporación debía considerarse como acto de la corporación misma, y que la representación no ha sido introducida sino a causa de la dificultad de traer a todos los miembros de la corporación a una comunidad de voluntad y de acción. Pero en realidad, la totalidad de los miembros que forman una corporación difiere esencialmente de la corporación misma, y aunque los miembros de ella sin excepción alguna, se reunieran para obrar, no sería un acto del ser ideal que llamamos persona jurídica. El carácter esencial de una corporación es que su derecho repose no sobre sus miembros reunidos sino sobre un conjunto ideal... La persona jurídica pues, sólo puede adquirir derechos y ejercer actos por medio de sus representantes y no por medio de los individuos que forman la corporación aunque fuere la totalidad del número".

Respecto de las personas de carácter público, la designación del representante legal está efectuada exclusivamente por la ley y ello es materia harto contingente (por ejemplo, respecto del Estado nacional lo es el Presidente o el Procurador General del Tesoro, etc.; de las provincias, el Gobernador o el Fiscal del Estado, etc.; de los municipios, el Intendente, etc.).

En cuanto a las personas de carácter privado cabe estar a lo que disponga cada estatuto de creación (puede ser representante el presidente, el gerente, varios gerentes en actuación conjunta, el fundador, el director, etc.).

Lo que importa destacar, finalmente, es que quien actúa en carácter de *representante* –legal o convencional– y salvo que la propia ley disponga lo contrario (caso del padre respecto del hijo en algunas legislaciones) debe acreditar la representación asumida en el tiempo y la forma que cada ordenamiento establezca al respecto (art. 41).

9.1.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL O NECESARIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Las *personas físicas* (o de *existencia visible o naturales)* pueden ser civilmente *capaces* (es la regla) o *incapaces* (es la excepción) en atención a diversas razones tenidas en cuenta por el legislador en cada caso.

La incapacidad jurídica (y, por ende, procesal), deriva exclusivamente de la ley, razón por la cual la enunciación de los incapaces es contingente y siempre debe ser hecha a partir de un ordenamiento concreto.

En la Argentina, por ejemplo, la incapacidad es de *hecho* o de *derecho* (p. ej.: CC, 1160).

Procesalmente, sólo interesa la primera y entre quienes la padecen cabe mencionar a las personas por nacer (CC, 54, 1°); a los menores impúberes (CC, 54, 2°); a los dementes (CC, 54, 3°); a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (CC, 54, 4°); a ciertos menores púberes o adultos (CC, 55); a los inhabilitados judicialmente por razón de ebriedad habitual, uso de estupefacientes (CC, 152, 1°); a los disminuidos en sus facultades mentales y prodigalidad, para ciertos actos (CC, 152, 2° y 3°); a los condenados a una determinada pena de reclusión o prisión (CPen, 12); al fallido para ciertos actos (LCQ, 109 y 110) y a los ausentes, en algunos casos y para ciertas actuaciones (Ln 14394 y el derogado CC, 54, 5°).

Otras legislaciones establecen más incapacidades, por ejemplo, la de la mujer casada (el derogado CC, 55), los monjes de clausura, etc.

Por supuesto, cada incapaz tiene su representante necesario preestablecido por la ley: de la persona por nacer, sus padres, o sus curadores a falta o incapacidad de aquéllos; de los menores impúberes, sus padres o tutores; de los dementes, sordomudos, inhabilitados y condenados, los curadores designados; del fallido, el síndico; etc. (CC, 57).

En caso de ser necesaria la concurrencia al proceso en el cual es parte el incapaz, lo hará el respectivo representante asumiendo a nombre de aquél el papel de actor o demandado.

9.2. LA REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL O VOLUNTARIA

En general es la que puede otorgar la parte que, siendo capaz para actuar por sí misma en un cierto proceso, prefiere que lo haga un tercero a su nombre.

A tal efecto, debe extender *un poder* (*general* o *especial*) o *mandato judicial* ante autoridad competente para certificar el acto.

Algunas legislaciones –en rigor, la mayoría– imponen que dicho tercero sea *letrado* (procurador, abogado, licenciado en derecho, etc.) que esté habilitado para postular judicialmente.

Otros ordenamientos, en cambio, van más allá: exigen *imperativamente* la representación convencional de un letrado (de donde resulta que ésta pierde el carácter de *voluntaria*) en todo proceso, so pretexto de que así se posibilita una mejor y más adecuada defensa de los derechos litigiosos (arts. 31 y 41 a 47).

Cuando esto ocurre, la respectiva ley es congruente: otorga al letrado el pleno derecho de postulación (ver Lecciones 4 y 17) y lo restringe severamente respecto de la propia parte (art. 31).

Rige aquí en toda su extensión la afirmación final hecha en # 9.1. de esta Lección: el representante convencional debe siempre acreditar fehacientemente el carácter que dice ostentar en el proceso, dentro del plazo y en la forma que establezca cada ley al respecto (arts. 41 y 42).

Y esto es de la mayor importancia para lograr que la sentencia a dictar sea útil para heterocomponer el litigio y, de consiguiente, puedan extenderse a la parte (representada) los efectos emergentes del caso juzgado.

Cuando la representación –legal o convencional– no se acredita idóneamente, existe en el representante una *falta de personería* (incorrectamente denominada a veces *falta de personalidad*) que habilita a la contraparte a deducir la correspondiente excepción (art. 139, 2°) que se explicará en la Lección 18.

- La redacción actual del art. 41 corresponde a la Lp 12281, que adecuó la denominación a la de LOPJ, incluyó a los jueces de *circuito* como funcionarios que pueden autorizar poderes y eliminó la "copia para su inscripción en el registro respectivo".
- Las facultades que comprende el poder para estar en juicio están establecidas en el art. 44. Además, el art. 158, 1° exige poder especial para que un apoderado pueda absolver posiciones.
- "La omisión de certificar la copia del poder agregado al expediente –la cual acredita la personería del mandatario de la parte litigante– no constituye por sí sola causa de nulidad" (CCC, Provincia de Santa Fe, plenario, *Orlandi y Cía. c. Radusso*, 08.11.74, Juris, 45-218).
- Cuando la provincia es parte, el Fiscal de Estado puede sustituir la representación y patrocinio con abogados o procuradores de la Fiscalía de Estado o dependientes de la administración provincial (Lp 7234, art. 11).
- Es función de los secretarios autorizar poderes y autenticar firmas (LOPJ, 174, 20°).
- De igual modo, compete a los *jueces comunales* (ex "jueces de paz") autorizar poderes pleito y autenticar firmas (LOPJ, 123, 4°).

- El art. 42 regula los casos de representación convencional en caso de urgencia y se presenta como verdaderamente anómala dentro del sistema de la ley. Repárese que el otorgamiento de plazo por el juez no se notifica por cédula —con lo cual se consagra una excepción al principio contenido en el art. 62, 3°— y que no se determina un plazo mínimo sino máximo, por lo que resulta evidente la merma del derecho de defensa de la parte asistida por representante convencional en caso de urgencia.
- "La presentación tardía del instrumento de mandato, ya vencido el plazo hábil para hacerlo, es *consentible* y, por ende, convalidable" (CCC, Provincia de Santa Fe, plenario, *FATA c. Chomicky*, 08.10.79, Juris, 60-135). Ver, asimismo, *Laborde, Alfredo c. Riccardi, Rafael* (Juris, 45-110) y *Verino* (CSSFE; AyS, t. 95, p. 31).
- La extensión del poder para estar en juicio refiere a las "facultades necesarias para realizar todos los actos de procedimiento establecidos en este código" (art. 44). Por tal razón, los actos —procedimentales o no— que escapan al contenido de este cuerpo normativo, requieren mención precisa en el instrumento de poder. De tal modo, a nuestro juicio, todo mandato debe contener de modo expreso las facultades de:
  - Novar, transigir, comprometer en árbitros y conceder quitas (CC, 1881, 2°, 3°, 4°; 1882; 1884);
  - Otorgar esperas (art. CC, 1904, 1905);
  - Renunciar al derecho de apelar (v. CC, 1881, 3°; CPC de SFE, 29; LOPJ, 319, 2°);
  - Pedir la declaración de quiebra y aceptar o rechazar acuerdos y adjudicaciones de bienes (no hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial);
  - Solicitar la apertura de concurso preventivo de su mandante (LCQ, 9).
- La intervención directa del mandante en la gestión encargada al mandatario produce la revocación del mandato si no manifiesta expresamente que su intención no es revocar el mandato (CC, 1972). Cuando el mandato es general, la procuración especial dada a otro mandatario no deroga, en lo que concierne a esta especialidad, la procuración general anterior (CC, 1975). Asimismo, la procuración especial no es derogada por la procuración general posterior dada a otra persona, salvo cuando comprendiese en su generalidad el negocio encargado en la procuración anterior (CC, 1976).
  - Todo esto, en virtud de lo dispuesto en CC, 1870 ("Las disposiciones de este título son aplicables ... 6° A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del código de procedimientos...")
- V. LOPJ, 320 y 321.

10. LA GESTIÓN PROCESAL

La mayoría de las legislaciones –que no todas– permite que en caso de ausencia del lugar del juicio de una parte procesal, un tercero (generalmente un pariente) que no es su representante, actúe a nombre del ausente en el proceso al cual éste no puede concurrir y es urgente que lo haga (art. 43).

El tercero que así actúa recibe el nombre de *gestor procesal* y su gestión está sujeta a diversos requisitos que las leyes establecen contingentemente: prestación de fianza, ratificación por la parte de lo actuado por él durante su ausencia, suje-

ción a que esto ocurra en cierto plazo, cumplimiento de algunas cargas específicamente determinadas en cada caso, invocación de una razón de urgencia, etc., todo bajo pena de ser anulada la gestión y cargarse las costas correspondientes al propio gestor.

LECCIÓN 13

EL MINISTERIO PÚBLICO

SUMARIO

1. Concepto de *ministerio público*
2. Ubicación en el orden estatal
3. Composición
4. Competencia

1. EL CONCEPTO DE *MINISTERIO PÚBLICO*

Como bien se sabe, es recién a partir de Montesquieu que la división de funciones del Estado (los mal llamados *poderes* ejecutivo, legislativo y judicial) adquiere su definición actual.

Es por esta razón que el poder judicial –tal cual lo concebimos hoy– no existía en la alta Edad Media, cuando todo litigio se resolvía exclusivamente entre los propios particulares afectados y, a lo sumo, bajo la comprobación –por parte de quien ejercía el *poder*– de la regularidad de los procedimientos utilizados.

En esa época, y feudalismo mediante, se efectuó una gran acumulación de riqueza y de armas en manos de unos pocos lo cual, a su turno, convirtió a esos pocos en auténtico *poder* que se impuso sobre el resto de los individuos.

A consecuencia de esa imposición, los particulares perdieron la posibilidad de solucionar privadamente sus conflictos: ya había fuerza armada que lo impedía por las más variadas razones, todas fáciles de comprender.

En este cuadro de situación, *circa* 1300, surge una figura nueva en el orden jurídico imperante y que carece de precedentes en Grecia o en Roma: el *procurador.* He ahí el antecedente primero de lo que hoy se conoce como *ministerio público,* representante de quien ejercía el poder (rey, señor feudal, etc.).

En esos comienzos, el procurador se colocó al lado de la víctima en su lucha contra el victimario, so capa de que la *infracción* –otro concepto nuevo en la época– no sólo lesionaba el interés particular sino también el del propio Poder, cuyas instrucciones no eran cumplidas.

Posteriormente, esa actuación *conjunta* cesó y el procurador pasó a *sustituir* a la víctima en la persecución de la infracción, no tanto para castigar al victimario cuanto para exigirle una *reparación pecuniaria* –la más nefasta invención de ese tiempo– del daño sufrido por el rey o soberano de turno.

Así es como aparecen, históricamente, las *multas* y las *confiscaciones de bienes* a favor de las nacientes monarquías, a las que enriquecieron incrementando grandemente sus propiedades.

A estos efectos, no siendo factible que el procurador se enfrentase personalmente en pruebas de fuerza y destreza (a la antigua usanza), el combate armado se convirtió en *indagación.*

De ahí en más, se desarrolló notablemente todo el sistema procedimental que ya he apuntado en Lecciones anteriores, al describir lo que se conoció con el nombre de *inquisición española.*

Conforme a estos antecedentes, puede conceptuarse al *ministerio público* de la época como la institución que, representando al soberano, intervenía necesariamente en la persecución de delitos para lograr mediatamente una reparación económica para el fisco.

De ahí su primigenia denominación de *procurador, promotor, patrono* o *agente fiscal.*

Después de la creación de los Estados modernos, este concepto no varió en mucho: ya podrá comprenderse mejor esta afirmación cuando enuncie el inventario de las funciones que las actuales leyes le asignan.

Lo que interesa destacar ahora es que los orígenes tan poco claros y las obvias finalidades *políticas* –que no jurídicas– que se tuvieron en miras al crear la institución, la han convertido en el tema menos estudiado por los autores de la materia.

Y es que tal finalidad ha generado las mayores discusiones entre quienes ejercen el poder en todas las épocas, con lo cual se ha desvirtuado su tratamiento doctrinal: cualquier explicación pasa siempre por el meridiano de la filosofía política del autor que, así, exalta sus preferencias y degrada las ideas que no comparte.

A mi juicio, es ésta la razón primera de la nunca acabada discusión acerca de la naturaleza jurídica de la institución.

No siendo la finalidad de esta obra evacuar todos los interrogantes que el tema merece y requiere, baste decir que, de acuerdo con la absoluta mayoría de

las legislaciones vigentes, el ministerio público es una institución estatal con competencia asignada por diversas leyes, cuyo ejercicio lo convierte en una *posible parte procesal* que se torna en *necesaria* –no importa por ahora si su actuación es *principal* o *promiscua*– en todos los litigios de naturaleza penal y en gran parte de los no penales.

Antes de entrar a detallar las funciones que cumple esta figura, conviene ver la ubicación que ostenta en el orden estatal y cuál es su conformación.

2. LA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ORDEN ESTATAL

Ya se ha visto que los inicios de la institución la muestran ubicada dentro de la esfera propia de quien ejerce el poder (rey), cuyos intereses defiende.

De ahí que, ya en el Estado moderno, el ministerio público aparezca definitivamente en la órbita presupuestaria del poder ejecutivo, con clara dependencia funcional del máximo órgano de la administración que, como tal, designa a sus integrantes, les asigna funciones, les da órdenes, suspende y cesantea.

El orden constitucional que impera en el presente siglo, cada vez más alejado de toda idea de autocracia y de autoritarismo, se ha preocupado por dar otra ubicación al ministerio público, no sólo para terminar con la antigua, nefasta y poco republicana dependencia del poder ejecutivo sino, fundamentalmente, para lograr por fin la existencia de un *acusador procesal* cuando ello fuere menester respecto de los integrantes del poder político, de suerte que no esté sujeto a las instrucciones y guarda de obediencia debida de los propios eventuales acusados.

Y así, a pesar de que en muchas partes se mantiene en la órbita del poder ejecutivo (Nación Argentina desde 1860 y hasta 1994), en otras se vincula al ministerio público con el poder legislativo (constituciones de la República Democrática Alemana de 1974 y de Bulgaria de 1971) o con el poder judicial, cuya planta permanente integra (caso de la mayoría de las provincias argentinas, cual Santa Fe; ver CP, 84 y ss.); en otros casos, y mucho más inteligentemente, se le ha otorgado una *autonomía* plena (caso de Brasil desde 1993 y de Costa Rica, pionera en la materia) o aparente (caso del Paraguay, donde maneja presupuesto propio pero actúa como asesor y defensor del poder ejecutivo).

La CN, 120 adoptó en 1994 la figura del *órgano extrapoder;* empero, al tiempo en que esto escribo, no funciona como tal y no hay visos de que así pueda ocurrir en lo inmediato.

En SFE, la CP lo sitúa dentro del Poder Judicial (ver su art. 84). Para su composición y atribuciones, ver LOPJ, 128 y ss.).

Al tiempo que esto se escribe, el Poder Ejecutivo provincial ha enviado diversos proyectos de ley tendientes a la *implementación progresiva del nuevo Sistema de Justicia Penal de la Provincia de Santa Fe* (nuevo Código Procesal Penal, de corte acusatorio, Lp 12734). Entre esas leyes se encuentran:

a) Ley Orgánica del Ministerio Público de la Acusación, que tendrá a su cargo la formulación y ejecución de la política de persecución penal pública, la orientación de las víctimas y la dirección de la investigación criminal. Los pilares sobre los que se proyecta la acusación pública son:
   a. Autonomía funcional;
   b. Autarquía económica;
   c. Unidad de actuación;
   d. Precisión en la misión y función institucional;
   e. Orientación a las víctimas, y
   f. Flexibilidad en la organización.

   Habida cuenta de la actual inserción constitucional del Ministerio Público en el Poder Judicial, el proyecto afirma que "sin afectar las disposiciones constitucionales vigentes, respeta las facultades, competencias y derechos de los actuales funcionarios del Ministerio Público, sin adicionarle las tareas propias del nuevo esquema procesal, que se ponen en manos de una estructura enteramente nueva, creada con el fin exclusivo y específico de tomar el rol acusatorio penal" (del mensaje de elevación).

b) Ley de Organización del Servicio Público Provincial de Defensa Penal, que se propone sobre los siguientes pilares:
   a. Necesidad sistemática de cobertura de la defensa técnica en todo proceso penal, desde su génesis hasta su fenecimiento;
   b. Reconocimiento del carácter esencialmente personal del ejercicio del derecho de defensa material y de la posibilidad real de elección de un defensor de confianza como segmento fundamental de dicho derecho;
   c. Declaración del interés público en el control de la calidad y cobertura de los servicios legales de defensa técnica;
   d. Subsidiariedad, en tal sentido, del Servicio Público de la Defensa Penal; y
   e. Orientación prioritaria del Servicio Público de Defensa Penal hacia las personas más vulnerables social y económicamente.

Aunque parezca obvio, es preciso remarcar la necesidad de lograr la plena independencia de la *función acusadora* (en rigor se trata o debería tratarse de un verdadero *cuarto poder* equiparado absolutamente a los otros tres conocidos) para lograr un respeto definitivo a los principios republicanos de cogobierno e intercontrol de poderes, de todo lo cual estamos aún tan lejos en América del Sur.

Y es que así como no parece conveniente que la dependencia funcional se establezca con el poder legislativo o con el poder ejecutivo, por cuanto la institución se coloca al servicio de los intereses políticos y partidistas del sector gobernante, tampoco parece razonable –en plan de estricta lógica jurídica– su inserción dentro de la esfera propia del poder judicial, cual ocurre en la mayoría de los sistemas vigentes en América latina.

Y ello porque, de tal forma, la dependencia se establece ahora con la autoridad judicial llamada a resolver los litigios en los cuales el ministerio público es *parte procesal*; y no es sensato hacer que la parte dependa funcionalmente del propio juzgador.

Nótese bien que no afirmo que el juez no pueda *dirigir el debate procesal* (cosa correcta) sino que no debe indicar a las partes cómo acusar, demandar, contestar, etc., con lo que puede perder la obvia neutralidad que ha de ostentar durante todo el curso procedimental para no romper la igualdad entre ellas.

La recurrente presencia del ministerio público en la estructura y presupuesto del poder judicial ha logrado –tiempo y mucho esfuerzo doctrinal mediante– que sus integrantes sean vistos como verdaderos jueces o compartiendo sus caracteres, derechos y deberes.

De ahí que algunos autores –con tesis hoy superada– exigen a los integrantes del ministerio público una categórica *imparcialidad* en el desempeño de su función sin advertir que tal afirmación contiene una clara contradicción lógica: decir que el fiscal es la *parte imparcial* del proceso constituye un disparate imposible de sostener por más que los autores hayan persistido años en el error.

De tal modo debe quedar en claro que aspiro a que todo sistema jurídico republicano cuente con un ministerio público independiente de todo otro poder del Estado, con un orden interno que sea funcionalmente vertical –para posibilitar y respetar el principio de actuación unitaria y no contradictoria entre sus distintos integrantes– y que se concrete en el cumplimiento de su labor a las pautas que luego enumeraré al analizar las actividades que le competen.

Finalmente: la decisión política de aceptar la independencia absoluta del ministerio público y su actuación como verdadero cuarto poder del Estado, implica resolver los problemas que ello genera: decidir desde el propio texto constitucional quién designa a la cabeza del poder (recuérdense los distintos sistemas que ya se han visto respecto de la designación de los jueces) y al resto de sus integrantes y ante quién responden todos por el incumplimiento de sus funciones.

3. LA COMPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Precisamente por las razones históricas antes apuntadas, el otorgamiento de las más diversas competencias a sus integrantes ha generado una institución compleja que, según las circunstancias de tiempo y espacio, requiere mayor o menor número de componentes o, más propiamente dicho, *secciones* en las cuales puede dividirse el ministerio público.

Como se trata de *defender los intereses del Estado y de sus variados fines*, hay integrantes que actúan como:

- *acusadores públicos* (LOPJ, 142, 1°, 2° y 13°);
- otros, *controlando el régimen de legalidad* (LOPJ, 142, 5°);
- otros, en defensa de los *intereses pecuniarios del fisco* (LOPJ, 142, 10° 333, 694);
- otros, *representando o defendiendo a los pobres* (LOPJ, 145, 1°);
- otros, actuando junto con sus representantes legales en defensa de los intereses de quienes se supone desprotegidos de hecho: *incapaces* y *ausentes* (LOPJ, 145, 3°);
- y otros, modernamente, dentro de una sociedad de consumo cual la que nos toca integrar, defendiendo los *derechos de los consumidores en general* con la legitimación de lo que se ha dado en denominar *intereses difusos* (LOPJ, 142, 7°; Ln 24240).

De esta forma se ha compuesto un ministerio público formado por:

1) un *ministerio fiscal* dedicado tanto a la acusación pública como a la defensa de los intereses pecuniarios del Estado, al control de la legalidad y a la concreción de un contradictorio en cierto tipo de procedimientos, y

2) un *ministerio pupilar* dedicado a la defensa de los intereses de los menores, pobres y ausentes (LOPJ, 155). Esta defensa se efectúa *solitariamente* por un *defensor general* respecto de pobres y ausentes y *promiscuamente* en caso de menores e incapaces, actuando en cada litigio *al lado* del *representante legal* (padres, tutor, curador).

Además, y respecto de estos últimos, actúan *colegiadamente* varios *defensores generales* para decidir el destino de los patrimonios pertenecientes a menores e incapaces (LOPJ, 158).

3) El *ministerio fiscal* está compuesto por distintos funcionarios que, según el grado de conocimiento judicial ante el cual cumplen su función, reciben la denominación de *fiscal* o *agente fiscal* (LOPJ, 139 y ss.) o *procurador fiscal* o *promotor de justicia* o *fiscal de menores* (LOPJ, 150 y ss.) (en primera instancia) y de *fiscal de cámara* (de apelación) (LOPJ, 132 y ss.) (en segunda instancia) o de *procurador general* (en tercera instancia o corte suprema de justicia) (LOPJ, 129 y ss.).

En razón de que todos estos funcionarios se han dedicado desde antaño a las más variadas tareas, en los últimos tiempos se han distribuido de modo tal que los mencionados en el párrafo anterior se han quedado principalmente con la actividad *acusadora* y *controladora del orden legal* (ya se verá luego qué es lo que hacen en este aspecto) en tanto que la defensa del interés puramente patrimonial del Estado se ha atribuido por derivación a otros funcionarios que, lógicamente, deben componer el concepto de ministerio público: son los abogados del Estado que actúan en algunos países como integrantes de una *fiscalía general* (caso del Paraguay) o de una *procuración general del tesoro* (caso de la Argentina) o de una *fiscalía de Estado* (caso de algunas provincias argentinas, como las de Santa Fe y Mendoza), cuyas respectivas cabezas desempeñan las tareas propias del asesor jurídico del Presidente, del Gobernador, etc.

Pero ahí no concluye el concepto: según los intereses políticos y las necesidades sociales de cada época, la actividad de control se ha derivado nuevamente a otras instituciones que, si bien se presentan como independientes del ministerio público propiamente dicho, integran por lógica su concepto en cuanto cumplen una función eminentemente *controladora*.

Así, por ejemplo, la *fiscalía nacional de investigaciones administrativas*, de obvia naturaleza similar a la de la institución que nos ocupa y los *tribunales de cuentas* y algunas *auditorías* o *sindicaturas* de las sociedades del Estado que, aunque también con funciones de control, no actúan como partes procesales.

Del mismo modo, para la defensa de los intereses difusos de los consumidores en general, los distintos ordenamientos han creado figuras como las del *ombusdman* o *defensor del pueblo* que, por elementales razones, deberían integrar también la institución que analizo, al menos dentro de un plano de adecuada lógica racional, máxime cuando tienen competencia para actuar en calidad de partes procesales.

Finalmente: en algunos países en los que se ha otorgado al ministerio fiscal la potestad de accionar penalmente, se le anexó la *policía judicial* como parte integrante de la institución.

4. LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dado que las leyes otorgan las más variadas y disímiles competencias a las distintas secciones en las que se puede dividir la institución, conviene inventariar –a título meramente ejemplificativo– las funciones asignadas según sus ramas: ministerio fiscal y ministerio pupilar, las que –a su turno y según ya se ha visto– admiten nueva división.

Así, el *ministerio fiscal* actúa:

1) como *acusador público*, al promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos cometidos y ejercer la llamada *acción* penal, salvo en los casos

de necesario ejercicio privado, a menos que la ley acepte la presencia de un querellante particular (CPP, 8 y 67; LOPJ, 142, 1° y 2°).

Este *impulso procesal penal* lo realiza con *exclusividad* sólo en aquellos ordenamientos legales que parten de una clara y lógica idea de proceso, pues en la mayoría de los casos tal impulso está en manos del propio juez (cosa realmente absurda, si las hay).

La iniciativa propia del fiscal, a su turno, se encuentra sometida a dos reglas antagónicas: es el mismo ministerio quien decide si acusa o se abstiene de hacerlo (la regla se conoce con la denominación de *principio de oportunidad*) o es el legislador (la ley) quien ordena al funcionario que mantenga una postura incriminadora (*principio de legalidad*);

2) como *control del orden legal,* las mayorías de las legislaciones exigen del funcionario actuante, y dentro de la esfera de un determinado grado de conocimiento,

- que vigile el cumplimiento de las reglas de la competencia judicial (¡otra vez la *parte imparcial* controlando a los jueces... cuando, de verdad, está sujeta –como verdadera parte procesal que es– a su potestad procesal!) (art. 7, hoy implícitamente derogado por LOPJ);

- y que vigile el cumplimiento de las reglas de procedimiento, de la ejecución de las sentencias penales y de las leyes que regulan la restricción de la libertad personal (LOPJ, 142, 5°);

- y que cuide la recta y pronta administración de justicia, denunciando las irregularidades y malas prácticas y peticionando ante quien corresponda la aplicación de sanciones disciplinarias contra jueces (?) (LOPJ, 131, 8°) y demás funcionarios del poder judicial;

- y que dictamine en las más variadas suertes procedimentales, tales como las cuestiones relativas a: la caducidad de una instancia (art. 233), y a la competencia (art. 7), y a las propias de las tramitaciones de exhortos (art. 96), y de aseguramiento de pruebas, cuando la urgencia del caso impide dar noticia a la parte a la cual se habrá de oponer el resultado (art. 273 y 274), y de otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos (art. 333), y de divorcio en ciertos ordenamientos en los cuales se restringe su declaración (art. 560, 4°), y de otorgamiento de filiación o de carácter de heredero (art. 580, 3° y 593), etc., etc

Como se ve, la lista puede llegar al infinito con sólo proponérselo el legislador de turno...

Por supuesto, exigir que los fiscales controlen a los jueces, más allá de lo que puedan actuar como partes en un proceso, es subvertir el orden natural de las cosas

Al mismo tiempo, la atribución de esa competencia controladora constituye una enorme hipocresía que no se puede cohonestar.

De ahí que la tendencia contemporánea mayoritaria sea la de otorgar al ministerio público el exclusivo papel de *acusador penal* y, en posición que comienza a imponerse con fuerza arrolladora, con función requirente sujeta a la regla de la *oportunidad;*

3) como *defensor de los intereses pecuniarios del fisco,* interviene en calidad de ejecutor de impuestos, tasas y multas en aquellos ordenamientos o lugares en lo cuales no existe una dependencia propiamente abogadil del Estado (tal como la Procuración del Tesoro o Fiscalía de Estado) o debe denunciar a la correspondiente autoridad administrativa toda infracción a las leyes impositivas que comprueban en expedientes judiciales, etc.

Por supuesto, esta función debe enmarcarse en la órbita propia de los abogados del Estado, con lo cual se evitará la atribución de competencias que hacen poner en duda la independencia con la cual el ministerio público debe manejarse;

4) como *parte procesal necesaria* aparece en todos los denominados legalmente como *actos de jurisdicción voluntaria* a fin de *integrar un contradictorio* (ver la Lección 6).

La enunciación es contingente en cada normativa: a título de ejemplo, cito los casos de mi provincia de Santa Fe: es contradictor necesario en la protocolización de instrumentos públicos, en la apertura de testamento cerrado, en la reposición de escrituras públicas, en la autorización para contraer matrimonio y en todos los demás actos que no están legislados en la normativa procesal pero sí en la de fondo, como por ejemplo la autorización a menores emancipados para disponer o para estar en juicio o para contraer deudas o para demandar a sus padres o para autorizar al padre a la venta de bienes del hijo o al tutor para invertir la renta del pupilo, etc.

Por su parte, el *ministerio pupilar* actúa por medio de

1) los *defensores generales:*

1.1) en forma *autónoma,* al ejercer la defensa de los derechos de los pobres que no pueden afrontar los gastos del juicio (algunas leyes establecen que su solo patrocinio tiene para el patrocinado los mismos efectos que el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, LOPJ, 145, 1°); también ejerciendo la defensa de menores, incapaces de hecho y ausentes que carecen de representación legal;

1.2) en forma *conjunta* o *promiscua* con los representantes legales de menores (padres o tutor) e incapaces y ausentes (curador): cuando actúa al lado de ellos controlando y, llegado el caso, supliendo la defensa) (art. 145, 3°).

En este aspecto, CC, 493 dispone: "El ministerio de menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores e incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores cuando éstos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de los tutores o curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces."

2) el *ministerio público de menores e incapaces* o *ministerio pupilar* (como órgano colegiado integrado por varios defensores generales), que en la mayoría de las legislaciones fiscaliza la conducta de los representantes legales de menores, incapaces y ausentes sobre la conservación de sus bienes; también toma las medidas necesarias para proveer de representación legal a quien no la tiene, aprueba las rendiciones de cuentas de los representantes legales que administran bienes de menores, incapaces y ausentes y ejerce el control de las administraciones concernientes a personas que se hallan bajo tutela o curatela, etc. (LOPJ, 154 y ss.).

LECCIÓN 14

EL JUZGADOR Y SUS AUXILIARES

SUMARIO

1. El juzgador
1.1. El juez
1.1.1. Concepto
1.1.2. Requisitos
1.1.3. Sistemas para la designación
1.1.4. Incompatibilidades
1.1.5. Garantías y derechos
1.1.6. Deberes
1.1.6.1. Funcionales
1.1.6.1.1. Esenciales
1.1.6.1.2. Legales
1.1.6.2. Procesales de dirección
1.1.6.3. Judiciales de resolución
1.1.6.4. De ejecución
1.1.7. Facultades
1.1.7.1. Ordenatorias
1.1.7.2. Conminatorias
1.1.7.3. Sancionatorias
1.1.7.4. Decisorias
1.1.8. Responsabilidad
1.2. El árbitro
1.2.1. Concepto de arbitraje
1.2.1.1. Clases
1.2.1.2. Origen
1.2.1.3. Litigios sometibles a arbitraje
1.2.1.4. Sujetos que pueden promoverlo
1.2.1.5. Procedimiento arbitral
1.2.1.6. Resolución del arbitraje
1.2.1.7. Ejecución del laudo arbitral
1.2.2. Concepto de árbitro
1.2.2.1. Requisitos
1.2.2.2. Distintos tipos
1.2.2.3. Derechos
1.2.2.4. Facultades y deberes
2. Los auxiliares del juzgador
2.1. Secretario
2.2. Oficiales y auxiliares subalternos
2.3. Técnicos
2.4. Defensores letrados

1. EL JUZGADOR

Ya he dicho con insistencia en todo el curso de esta obra que el *proceso* es una figura inconfundible en el mundo jurídico pues deben intervenir en su realización, *esencial y contemporáneamente,* tres sujetos determinados: quien pretende *(actor* o *acusador),* quien resiste (*demandado* o *reo,* que puede ser indeterminado –caso de los NN–) y quien está convocado por la ley o por el acuerdo de las propias partes para heterocomponer el litigio operado entre ellas.

De ahí que el *juzgador* sea siempre un *sujeto esencial* y, por ende, necesario en la formulación conceptual lógica de todo proceso.

También he advertido en la Lección 6 acerca de la exacta similitud que en las tareas de procesar y de resolver el litigio existe entre los posibles juzgadores: *juez* y *árbitro.*

A ellos me referiré seguidamente.

1.1. EL JUEZ

1.1.1. CONCEPTO

Aunque la palabra *juez* se utiliza en el idioma corriente para denominar a personas que realizan muy distintas actividades, técnicamente refiere sólo al funcionario público que integra el Poder Judicial y que tiene como misión específica la de *procesar* y *resolver* los litigios presentados a su conocimiento (y, en su caso, *ejecutar* lo resuelto).

Por tanto, de acuerdo con lo sostenido en la Lección 6, salvo el caso de *juicio político*[1] y de algún otro que eventualmente pueda existir en una legislación determinada, es el *único funcionario público con aptitud para ejercer actividad jurisdiccional.*

Con tal conceptuación, la figura del juez difiere fundamentalmente de la del otro posible juzgador (el árbitro), ya que éste no es funcionario público, no

1 En la Argentina, es el que hace la Cámara de Senadores de la Nación (integrada por representantes de las *provincias*) a ciertos funcionarios políticos y por responsabilidad de la misma naturaleza, que han sido acusados ante ella por la Cámara de Diputados (integrada por representantes del *pueblo* de la Nación), con lo cual se ve claramente –otra vez– a las tres personas que deben concurrir conjuntamente para hacer un verdadero proceso (en el caso, y para que no haya confusión: los representantes de las provincias, que hacen de juzgador; los representantes del pueblo, que hacen de acusador; y el funcionario acusado).

integra el Poder Judicial (aunque alguna ley procesal aislada así lo acepte) y carece por completo de aptitud para ejecutar lo resuelto por él mismo.

Pero con esto no terminan las diferencias existentes entre los conceptos de *juez* y de *árbitro.*

En un estado de derecho que muestre un orden jurídico esencialmente justo, todo juez ostenta los siguientes caracteres:

1) Su designación es *permanente,* por todo un lapso que puede variar en su extensión pero que siempre es dilatado; y ello porque los textos constitucionales modernos y contemporáneos prohiben el juzgamiento por *comisiones* o *tribunales especiales* (CN, 18; CP, 9).

El árbitro, en cambio, obtiene siempre una designación *transitoria,* que sirve sólo y exclusivamente para el litigio en el cual los propios interesados han acordado su nombramiento.

De esta cualidad se deriva otra no menos importante: para que un juez pueda actuar como tal respecto de un determinado asunto es menester que el cargo respectivo haya sido creado y la competencia atribuida con *anterioridad* a la existencia del hecho que genera el proceso (esta afirmación es norma expresa en todas las constituciones modernas y contemporáneas).

Por lo contrario, el árbitro es designado corrientemente *después* de acaecido tal hecho (aunque nada empece a que la nominación sea anterior, lo cual implica también la creación del cargo y la determinación de su competencia).

2) El carácter de permanencia se halla íntimamente vinculado con otro que constituye su natural consecuencia: el juez es *inamovible,* lo que significa que dentro del lapso para el cual fue designado no puede ser destituido sin un previo juzgamiento al efecto que sólo puede versar acerca de su incapacidad física o mental o de su inconducta adecuada a un hecho típico (ético o penal) previsto con anterioridad por la ley (CN, 110 y CP, 88; v., asimismo, LOPJ, 10 y 211). Volveré luego sobre el tema al tratar los *derechos* del juez.

El árbitro, en cambio, no ostenta jamás este carácter, toda vez que las leyes que regulan el tema permiten que los propios interesados cancelen la designación cuando se presentan ciertas circunstancias y que varían de legislación a legislación.

3) De modo habitual, la función del juez es cumplida en la *sede de su asiento,* fijado previamente por la ley.

De allí que en doctrina se afirme que el juez es *sedentario* por oposición al sistema en el cual es *itinerante* y, por ende, debe desplazarse de continuo desde un lugar a otro.

A la inversa, y salvo la excepción del caso de *arbitraje institucional* (ver # 1.2.2.2 de esta Lección) –que también funciona sedentariamente– el árbitro es por esencia itinerante, debiendo acomodarse a las exigencias de las partes para poder efectuar el arbitraje.

4) En la mayoría de los ordenamientos americanos los jueces son *técnicos*, toda vez que la posesión de título de abogado (o similar) constituye generalmente un requisito esencial para la designación (CN, 111; CP, 85).

Por lo contrario, una de las formas que admite la heterocomposición privada es el *arbitramento*, sistema en el cual nada exige que el *arbitrador* sea técnico en derecho (ver # 1.2.1 de esta Lección).

5) Por último, el juez es *remunerado* siempre por el Estado (y así debe ser), en tanto que el árbitro lo es por las partes.

6) Resta agregar una cualidad más, que he dejado para el final pues no resulta definidora y propia del concepto específico de juez, ya que también debe ostentarla el árbitro. En otras palabras: es cualidad propia del concepto de *juzgador*, comprensivo del de juez y del de árbitro.

Al definir la esencia de la actividad jurisdiccional, he explicado en las Lecciones 6 y 9 que para lograr la vigencia plena del *concepto lógico de proceso*, el juzgador debe ser *impartial, imparcial* e *independiente*.

Corresponde ahora insistir acerca de esta última adjetivación que se refiere a su *independencia*.

Parece claro para todo razonamiento que cuando dos partes que se hallan en conflicto acuerdan la designación de un árbitro determinado, existe en ellas una expresa conformidad y creencia en la calidad de *auténtico tercero* de éste respecto del litigio y, además, media entre ambos interesados un control recíproco y conjunto acerca de la independencia del juzgador luego de su designación como tal (repárese especialmente en que el árbitro es designado de consuno *por las dos partes en litigio*).

Pero ese control no puede mantenerse sin restricciones cuando se trata de un juez, toda vez que su designación no proviene de las partes en litigio sino de otra autoridad, tal como se verá en el punto siguiente (repárese acá en que el juez es designado *por ninguna de las partes en litigio*).

De ahí que –desde siempre– la mejor doctrina quiera preservar al juez de toda suerte de influencia política y, por supuesto, de compromisos con intereses partidarios.

Se insiste entonces en la adopción de un sistema de designación de jueces que permita a cada uno de ellos y al conjunto que integra y forma parte del Poder

Judicial, actuar en cada caso justiciable con absoluta independencia y con total prescindencia de la voluntad de la facción política que ejerce el poder en un momento dado.

1.1.2. LOS REQUISITOS PARA SER JUEZ

Casi todas las Constituciones del continente o, en su defecto, las leyes orgánicas de los poderes judiciales, contienen normas expresas que regulan las distintas exigencias para acceder al cargo de juez (v.gr., CP, 85).

Generalmente pueden computarse los siguientes requisitos:

1) *ciudadanía* del respectivo país (o provincia en los Estados de organización federal) (CN, 111; CP, 85), predominando los ordenamientos que requieren que sea *nativa* y no por *naturalización*;

2) una *edad mínima* que, aun dentro de cada sistema legislativo, varía entre los distintos grados de conocimiento judicial. Por ejemplo, en el orden federal argentino, se exigen veinticinco años de edad para ser juez de primer grado y treinta para serlo de segundo o ulterior grado (CP, 85);

3) *título universitario de abogado* (o su similar en ciertos países, por ejemplo licenciado en derecho) y, a veces, *expedido por universidad oficial* (CN, 111; CP, 85);

4) una *antigüedad mínima* en el ejercicio de la profesión de abogado que, al igual que la edad, también varía respecto de los diferentes grados de conocimiento. Por ejemplo, en el orden federal argentino se exigen cuatro y seis años para ser juez de primer y segundo grado, respectivamente (CN, 111; CP, 85);

5) una *residencia inmediata* por un cierto tiempo relativamente prolongado en el lugar en el cual se ejercerá la función judicial. En general, las leyes que establecen este requisito lo relacionan con quien no es nativo de dicho lugar (CP, 90; LOPJ, 210);

6) posesión de una *renta* determinada que demuestre la solvencia patrimonial del aspirante al cargo de juez. En la Argentina, este requisito es de carácter constitucional, aunque de hecho –como tantas otras cosas– no se cumple habitualmente (CN, 111);

7) *dignidad y decoro de vida*, demostrados en el escrupuloso control de los actos públicos y privados (LOPJ, 213);

8) con relación al punto anterior, también se exige del aspirante a juez que no ostente alguna causal de *inhabilidad* para acceder al cargo judicial (LOPJ, 208).

Tales causales son contingentes en las distintas legislaciones, pero pueden ser sintetizadas en las que se hallan generalmente aceptadas como tales: no pueden ser jueces quienes se encuentran procesados penalmente por delito doloso (LOPJ, 208, 1°), ni los condenados judicialmente por delito doloso (casi siempre por un plazo igual al de la condena y otro tanto) (LOPJ, 208, 2°) ni los quebrados, mientras no sean rehabilitados (LOPJ, 208, 3°).

Finalmente, y por otras razones de fácil comprensión, algunas leyes establecen que los abogados jubilados son inhábiles para ingresar a la judicatura (LOPJ, 207), que no pueden desempeñar funciones en un mismo fuero (ver la Lección 7 y LOPJ, 208, 3°), los cónyuges, aunque estén divorciados y los parientes dentro de un cierto grado de consanguinidad y de afinidad (LOPJ, 208, 3°);

9) *prestación de juramento* para el ejercicio de la función (CP, 87 y LOPJ, 209). Recién a partir de tal acto el designado juez puede desempeñar el cargo respectivo.

1.1.3. LOS SISTEMAS PARA LA DESIGNACIÓN DE JUECES

Varios y disímiles son los sistemas adoptados por las Constituciones o por las leyes para la designación de jueces. Como es obvio, todos ellos responden a filosofías políticas diferentes, algunas de las cuales intentan lograr un adecuado y armonioso equilibrio e intercontrol de los Poderes del Estado, en tanto que otras apuntan a la sujeción de un Poder (el Judicial) a otro (el Ejecutivo o el Legislativo). El lector advertirá esta circunstancia luego de repasar los sistemas vigentes en el mundo.

En general, puede afirmarse la existencia de dos sistemas netamente diferenciados para la designación de jueces: el que la hace depender de una *elección* y el que exige un *nombramiento* de alguna autoridad.

Los veremos seguidamente.

1) *Elección mediante sufragio popular*

Adoptado como sistema actual en algunos Estados de los Estados Unidos de América y de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, es teóricamente el más puro y perfecto que pueda imaginarse, pues el juez accede a su cargo por la voluntad de la mayoría de los ciudadanos que creen y confían en él.

Además, es el único modo de designación que *legitima originaria, directa y democráticamente al magistrado*, ya que todos los restantes sistemas operan por *legitimación indirecta* (no lo designa el pueblo sino sus representantes).

Sin embargo, la elección presenta un grave inconveniente, obvio en razón de la función que ha de cumplir el juez: para llegar a serlo, todo aspirante debe

efectuar actividad proselitista, para lo cual ha de contar con el apoyo de un partido político que lo promueva para ocupar el cargo; y ello puede generar irremediablemente ciertos compromisos ideológicos o partidistas que no son deseables en quien está llamado a juzgar a *todos* los miembros de una sociedad dada (y no sólo a quienes lo votaron).

El sistema opuesto rechaza de plano toda posibilidad de elección popular y exige para el acceso al cargo de juez un método diferente.

2) *El nombramiento es realizado por una autoridad competente al efecto*

Atendiendo a que casi todos los regímenes constitucionales consagran la coexistencia de tres Poderes en la organización del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), este sistema admite tantas variantes como posibilidades de atribuir la respectiva competencia.

Véanse ahora las soluciones que extraigo de la historia más o menos reciente y que no necesariamente se hallan en vigencia en la actualidad:

2.1) *el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Legislativo*

Es el caso de los jueces superiores en la Constitución de la ex URSS de 1977;

2.2) *el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Ejecutivo*

Es el caso de los jueces federales en la ex Alemania Federal, según cláusula constitucional de 1956.

Estas dos variantes –que otorgan a uno solo de los Poderes del Estado la facultad absoluta de nombramiento judicial– no son aceptadas de buen grado por la mejor doctrina en aras de lograr una auténtica independencia funcional de juez, ya que la unilateralidad de la decisión puede someter al juzgador, por lo menos, a una clara dependencia ideológica de quien ejerce el poder político.

Para evitar la crítica recién apuntada, se acuerda el siguiente modo de designación;

2.3) *el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Judicial*

Es el caso de los jueces inferiores en Uruguay, según la Constitución de 1951.

El sistema se conoce en doctrina con la particular denominación de *cooptación* y quienes lo pregonan afirman que procura lograr la más completa independencia del Poder Judicial y su absoluta y definitiva separación del Poder Ejecutivo (del cual aquél emergió históricamente) y, por ende, de sus intereses de sector.

De allí que en la eterna lucha por el derecho, se ha dicho –y con cierta razón, frente a los nefastos resultados de los otros sistemas– que resulta el método más

conveniente políticamente para lograr una plena independencia –al menos, ideológica– del Poder Judicial y, por ende, un adecuado intercontrol del ejercicio del poder; por la misma razón, se dice que con este método puede obtenerse la prestación de un adecuado y eficiente servicio a todo justiciable.

Sin embargo, la cooptación pura presenta otros riesgos que parecen tan temibles como los de los otros sistemas que implican lógicamente una cierta dependencia: ya desde antaño se arguye que este método de designación permite y prohíja la formación de un *espíritu de casta* que, a la postre, deriva seguro en un *gobierno de los jueces*, razonablemente temido desde siempre después de la experiencia francesa de la Revolución de 1789, de la cual fue una de sus importantes concausas.

La crítica es válida. Los países que han adoptado el sistema de la cooptación exhiben una clara concepción elitista del poder con una correlativa ineficiencia en la actuación del sistema de justicia.

Para posibilitar la existencia real de la deseada independencia, se han instrumentado otros tipos de

2.4) *Actos complejos de designación*, exigiéndose la concurrencia al acto de, por lo menos, *dos Poderes* del Estado.

Y conforme a ello, se dan las siguientes posibilidades:

2.4.1) *el nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo a propuesta del Poder Judicial*

Es el caso de Bélgica, según la Constitución de 1831;

2.4.2) *el nombramiento lo hace el Poder Legislativo a propuesta del Poder Judicial*

Es el caso de los jueces superiores de Uruguay, según la Constitución de 1951.

Estos dos sistemas se presentan como una variante atenuada del de la cooptación;

2.4.3) *el nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo con intervención previa del Poder Legislativo, el cual presta su acuerdo o conformidad para la designación*

Es el caso de la Argentina donde, según la CN de 1853, los jueces de la Nación son nombrados por el Presidente con acuerdo del Senado; también es el caso de la provincia de Santa Fe, donde el nombramiento lo efectúa el Gobernador con acuerdo de la Asamblea Legislativa compuesta por los miembros de las Cámaras de Diputados y de Senadores (CP, 86).

Sin perjuicio de ello, desde el año 1990 (Dp 2952/90 y modificatorios y Dp 2391/2002. "Reglamento del Consejo de la Magistratura), el Gobernador de la Provincia de Santa Fe ha "autolimitado" sus facultades en la designación de jueces creando

por decreto un "Consejo de la Magistratura", "organismo asesor no vinculante del Poder Ejecutivo que tiene por misión proponer al Poder Ejecutivo la designación o promoción de los miembros del Poder Judicial que requieran acuerdo de la Asamblea Legislativa, excluido el nombramiento de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y del Procurador General".

Esa normativa fue reformada a través del Decreto 164/07, según el cual el Consejo de la Magistratura es presidido por el Secretario de Justicia y tiene dos jurados: uno, que evalúa las condiciones técnicas de los candidatos, integrado por representantes de los abogados, de los magistrados y de las universidades nacionales; otro, que evalúa el perfil democrático de los candidatos, integrado por el Secretario de Justicia y representantes de las universidades nacionales.

Las tres variantes señaladas –y muy particularmente la última– coinciden y terminan habitualmente en una cierta politización del Poder Judicial, ya que sus integrantes son designados por el poder político de entre quienes son obviamente sus seguidores.

Muestra acabada y paradigmática de esta afirmación se encuentra en muchos países de Sudamérica, de los cuales puede afirmarse sin equivocaciones que no hay Justicia en ellos.

Para apartarse de los sistemas antes mencionados que encomiendan a uno o más Poderes del Estado la designación de los jueces, se ha generado otro que otorga la respectiva competencia a un órgano que no depende jerárquicamente de ninguno de dichos Poderes y que, por ende, se supone *apolítico*.

Es el caso de los llamados

2.5) *Consejos Judiciales* o *Consejos de la Magistratura*

Al principio existentes, por ejemplo, en Francia (Constitución de 1946), Italia (Constitución de 1948) y España (Constitución de 1978).

El caso de España es el que por obvias razones nos toca más de cerca: allí se ha instaurado un *Consejo General del Poder Judicial* concebido como órgano máximo y de plena autoridad en el Poder, destinado a asumir gran parte de las atribuciones antiguamente conferidas al Ministerio de Justicia y con la afirmada finalidad de garantizar la plena independencia de la función judicial.

No obstante la pureza de la intención del constituyente, al derivar al legislador la reglamentación del sistema, fue desvirtuado por éste toda vez que la composición del Consejo la efectúa el Rey a propuesta del Congreso de Diputados y del Senado (de entre sus propios miembros, entre abogados y entre jueces de todas las categorías que se hallan en servicio activo).

Con lo cual continúa el problema que intentó evitarse, pues todo lo que ha ocurrido es un simple desplazamiento del sujeto que designará al juez: antes lo

hacía el poder político; ahora, quienes han sido nombrados al efecto por el poder político. Y esto es puro gatopardismo.

Desde la Constitución de 1993, Paraguay también ha instaurado un Consejo de la Magistratura concebido –en rigor– para otros fines: no permitir que sea el poder político de turno el que pueda efectuar las designaciones.

Con lo que se ha entregado la respectiva facultad a representantes de las más diversas entidades cuya ideología política final no puede prever el constituyente.

Lo mismo ha hecho la Argentina a partir de la CN de 1994, art. 114 (v., asimismo, Ln 24937, sancionada el 10.12.97 y reformada por Ln 26.080, del 22.02.06), sin medir adecuadamente las consecuencias dañosas que pueden inferirse a la Justicia.

Un último sistema –vigente en el Brasil por expresa cláusula constitucional– es el fruto de la combinación de los anteriores.

Allí el ingreso se hace por concurso pero respetando

2.6) *Diversas procedencias de los concursantes*

Aquí, el ingreso a la judicatura –salvo la excepción que luego mencionaré– se hace siempre e ineludiblemente por el *primer grado de conocimiento* y depende también de un concurso de oposición (y no de meros antecedentes) organizado por el Superior Tribunal de Justicia con la colaboración del respectivo Consejo Seccional de la Orden de los Abogados.

A partir del ingreso en la carrera de la magistratura, los ascensos sucesivos deben hacerse *necesariamente* de un grado de conocimiento a otro *inmediatamente* superior mediante la aplicación de dos criterios que operan alternadamente: la *antigüedad* y el *merecimiento* (con lo cual se descarta el simple concurso para acceder, por ejemplo, a una Cámara de Apelación).

Cuando corresponde el primer criterio (de antigüedad), asciende *necesariamente* el más antiguo en el correspondiente escalafón salvo que su designación sea rechazada por las tres cuartas partes del total de los jueces superiores en votación efectuada al efecto. En tal caso, se repite la votación con quien sigue en el orden escalafonario.

Cuando, a su turno, corresponde el ascenso por el segundo criterio (de merecimiento), ha quedado librado a la reglamentación de cada Estado el modo de valorarlo.

Según la normativa vigente en 1950 en el Distrito Federal, por ejemplo, se establecía que debía tomarse en cuenta la conducta del juez en su vida pública y privada, la productividad y laboriosidad puestas en el ejercicio del cargo desempeñado, las demostraciones de cultura jurídica que hubiera dado y el número de asuntos fallados, teniéndose en cuenta al efecto el número de pronunciamientos anulados, confirmados y revocados por el superior.

Tratando de sintetizar las cualidades exigidas para el ascenso por merecimiento, algún autor indicó concretamente cinco: vasto conocimiento del derecho, probidad a toda prueba, grande independencia de carácter, espíritu recto y consumada experiencia.

A base de estos criterios, se forma una lista que, en lo posible, debe contener *tres* nombres de entre los cuales elige *uno* el poder político para hacer la designación del caso.

Pero el sistema no se detiene en este punto: en la composición de cualquier tribunal, *un quinto* de los lugares totales debe ser cubierto –alternativamente en algunos Estados– por un miembro del ministerio público y por un abogado en ejercicio, de notorio merecimiento y óptima reputación, *elegido en terna por sus propios pares de la respectiva Orden.*

Lo que importa destacar, finalmente, es que el sistema funciona y bien, con clara aprobación y beneplácito general de los componentes de los distintos foros que integran el país.

1.1.4. LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS JUECES

Al explicar los requisitos necesarios para acceder al cargo de juez hice referencia a que todos los ordenamientos consagran ciertas *inhabilidades*, entendiendo por tales aquellos supuestos previa y taxativamente establecidos en la ley para que un aspirante que encuadre en ellos no pueda acceder a la judicatura.

Toca aquí hablar de las *incompatibilidades*, que son los supuestos de vida que la ley establece también previa y taxativamente para que un juez *ya designado* no incurra en ellos bajo distintas penalidades que pueden llegar a la exoneración del cargo.

En otras palabras: se trata de lo que un juez en ejercicio *no debe hacer* para no lesionar la dignidad de la investidura judicial.

Por supuesto, el régimen de incompatibilidades es contingente (CP, 89). De allí que exista enorme diferencia entre un ordenamiento y otro.

En la tarea propuesta en esta obra he de concretarme ahora, y sin pretensión de taxatividad, a señalar las incompatibilidades más corrientes en las distintas legislaciones que resultan imprescindibles en un verdadero sistema procesal.

1) *Incompatibilidades propiamente dichas*

Se presentan con referencia estricta a la *función judicial* (por eso es que se afirma doctrinalmente que son *funcionales*) y, dentro de muchas legislaciones, impiden que el magistrado continúe en el cargo cuando incurre en alguna de ellas.

Las causales que se corresponden con esto, son:

1.1) *incompatibilidad por acumulación de varias funciones judiciales*

Tratan de impedir el simultáneo desempeño de cargos judiciales (ver, por ejemplo, CN, 34);

1.2) *incompatibilidad por parentesco*

Mencionada ya como clara causal de inhabilidad, trata ahora de impedir que los cónyuges o los parientes dentro de ciertos grados puedan desempeñar funciones simultáneas en un mismo tribunal o en un mismo fuero (LOPJ, 212, 10° y 208, 3°);

1.3) *incompatibilidad por indignidad*

Mencionada también como causal de inhabilidad, trata ahora de impedir que el juez ya designado caiga en ella (por ejemplo, un juez no puede concursarse o quebrar) (LOPJ, 212, 10° y 208, 3°);

1.4) *incompatibilidad en el régimen de vida*

Todo legislador ha previsto para el juez un régimen de vida correcto e irreprochable. Congruente con ello ha prohibido toda forma de conducta que de una u otra manera afecte la dignidad de su investidura o, eventualmente, pueda comprometer su imparcialidad.

Habitualmente legisladas en forma genérica, con simple referencia a la prohibición de ejecutar actos que comprometan de cualquier forma la investidura judicial, comprenden supuestos tales como la asistencia a espectáculos inmorales o a lugares indecorosos; la práctica habitual o a la concurrencia asidua a lugares destinados exclusivamente a la realización de juegos de azar y de apuestas; el exceso en la bebida; el uso de estupefacientes; la compañía de personas públicamente conocidas por sus costumbres licenciosas, desordenadas o de malos antecedentes; la vida privada que viole reglas jurídicas o morales; la infidencia respecto de asuntos vinculados con sus funciones, etc., etc. (LOPJ, 212, 5°, 6° y 9°).

También encuadran en este tipo de incompatibilidad ciertas actividades mencionadas aisladamente por algunas normativas vigentes y que deben generalizarse, pues resulta obvio que no pueden presentarse en la vida del juez.

A título de ejemplo, menciono los deberes de levantar embargos decretados sobre su remuneración (lo razonable y que se espera de los jueces es que paguen sus deudas, evitando así poder ser embargados), no aceptar dádivas (lo que traerá consecuentes agradecimientos), no participar en asociaciones profesionales (lo que implica tener intereses en común con mucha gente), no practicar deportes en calidad profesional (lo que supone dependencia de alguien), etc.

2) *Incompatibilidades que implican prohibiciones*

Están contenidas en la mayoría de las legislaciones vigentes en resguardo de la imparcialidad que debe predominar en la función judicial.

Tales prohibiciones al juez son:

2.1) *de realizar actividad política* (LOPJ, 212, 1°)

Conforme a ella el juez no debe efectuar propaganda ideológica, ni firmar manifiestos, protestas o programas, ni formar parte de corporación o partido político, ni aceptar designaciones relativas a ellos, etc.;

2.2) *de realizar actividad profesional abogadil* (LOPJ, 212, 2° y 7°)

Absoluta, terminante, obvia y casi universalmente, todas las legislaciones prohiben al juez el litigar ante cualquier Poder Judicial en tarea propia de la profesión de abogado.

Ello comprende la tramitación de asuntos judiciales de terceros y el otorgamiento de consejo o asesoramiento en caso de litigio actual o posible (aun invocando el juez su calidad de académico);

2.3) *de realizar actividad mercantil o lucrativa* (CCom, 22, 3°)

Ciertas legislaciones prohiben al juez el ejercicio de actos de comercio en el territorio donde ejerce su actividad y cargo en forma permanente, permitiéndoles, otras, participar como accionista en cualquier empresa comercial con tal de que no tome parte en la gerencia administrativa;

2.4) *de realizar actividad que lo coloque bajo subordinación de otro poder del Estado o de persona privada* (gente o ente) (LOPJ, 212, 4°)

Esto por obvias razones que hacen a su independencia funcional. Generalmente, se excluye de esta prohibición el ejercicio de la docencia, en especial la universitaria en materia jurídica;

2.5) *de realizar algunos actos jurídicos con relación a ciertos bienes*

En virtud de esta verdadera *incapacidad de derecho*, generalmente los jueces no deben comprar ni siquiera en remate público (CC, 1361), por sí o por

interpósita persona, ni permutar ni ser cesionarios o locatarios de los bienes que están o estuvieron en litigio ante el tribunal en el cual ejercen la función (CC, 1442).

1.1.5. LAS GARANTÍAS Y LOS DERECHOS DE LOS JUECES

Como una forma de asegurar irrestrictamente la independencia del Poder Judicial y, en forma individual, la de cada uno de los jueces que lo integran, las distintas normativas vigentes en el continente les otorgan ciertos derechos y prerrogativas, algunos de los cuales se hallan garantizados desde el propio texto constitucional de varios países (que no de todos).

Siempre a título ejemplificativo, la generalidad de los regímenes constitucionales efectúa la siguiente enunciación:

1) *Garantía de duración vitalicia en la función*

Como máxima garantía de separación y recíproco intercontrol de poderes en un sistema de cogobierno armónico, muchas Cartas políticas establecen que los cargos judiciales se cubren en forma vitalicia, por toda la vida del nombrado o hasta que llegue a cierta edad avanzada o se halle en condiciones legales de acogerse al retiro jubilatorio (CN, 99, 4°, 75 años; CP, 88, 65 años).

Esta es la tónica política contemporánea, superadora de los regímenes propios del pasado –y que aún subsisten en muchos lugares– mediante los cuales la designación judicial se efectúa por un plazo determinado, vencido el cual la autoridad competente debe proceder a nueva designación (de la misma o de distinta persona), con los inconvenientes propios del sistema: cuando el régimen de designación de los jueces opera por la sola voluntad del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo o de ambos, pero con exclusión de la del Poder Judicial, el sistema es perverso, condiciona a la judicatura y la hace *dependiente* de la facción gobernante, que muchas veces renueva o niega el nombramiento en función de los «méritos» políticos del candidato.

Sin embargo, y en una clara muestra de que todas las ideas evolucionan cíclicamente, en los últimos años la doctrina ha comenzado a efectuar un giro de ciento ochenta grados hacia la adopción de esta solución: ahora comienza a extrañarse el sistema de la *periodicidad*, que podrá ser más o menos larga, pero habrá de ser periodicidad al fin.

Y es que merced a complejos problemas sociológicos imposibles de explicar en este texto, se ha enquistado en algunos Poderes Judiciales –particularmente de la Argentina– una impericia técnica y un *vedettismo* tal en muchos de sus integrantes, cuando no una desidia extrema, que ha originado una casi absoluta ineficiencia del sistema de justicia, por la cual vuelve a clamar la gente.

2) *Garantía de inamovilidad*

La casi absoluta totalidad de ordenamientos constitucionales contemporáneos establece que, después de comenzar sus funciones, el juez no puede ser separado de su cargo ni cesar en el ejercicio de la judicatura por acto discrecional de la autoridad que lo designó (CN, 110; CP, 88).

Por lo contrario, se requiere un juzgamiento *ad-hoc* (CN, 115; CP, 91), como se verá luego.

Y esto es muy bueno para el sistema, pues así se evita que un juez quede sujeto a los caprichos del político mandamás de turno.

La inamovilidad es una garantía que opera por igual tanto en el régimen de designación vitalicia como en la que la sujeta a un cierto plazo.

Dentro de la denominación propia de esta garantía existe otra que también se encuentra aceptada por muchos textos constitucionales: el juez no puede ser *trasladado* ni *ascendido* sin que preste previamente su consentimiento (CP, 88).

3) *Garantía de intangibilidad remuneratoria*

Como un complemento necesario de las garantías anteriormente mencionadas, diversas constituciones aseguran que la remuneración del juez –siempre a cargo del Estado– no puede ser suspendida ni disminuida mientras permanezca en el ejercicio de la función (CN, 110; CP, 88).

Además de los precedentemente mencionados, las leyes orgánicas o las procesales –y no las constituciones– otorgan otros derechos que, siempre a título ejemplificativo, continúo enumerando seguidamente.

4) *Derecho a percibir jubilación o retiro y pensión*

Como consecuencia de la permanencia vitalicia o por largo tiempo en el desempeño de una función que exige un cúmulo inusual de incompatibilidades, las leyes en general aseguran la subsistencia de los jueces cuando lleguen a una cierta edad o cuando una imposibilidad física les impida mantenerse en el pleno ejercicio del cargo.

5) *Derecho a gozar de vacaciones*

Se trata de un elemental y universalmente aceptado período de descanso que en las leyes procesales se denomina *feria judicial* (LOPJ, 248).

En algunos países dicha feria opera durante un cierto lapso en verano y otro en invierno para todos los jueces al mismo tiempo, lo que posibilita la suspensión de los trámites procedimentales y, por ende, el disfrute de vacaciones por parte de los abogados y litigantes.

Por supuesto, el cierre tribunalicio no es total, ya que la propia ley que regula la feria judicial siempre establece la diagramación de una suerte de *guardia judicial* (jueces y funcionarios de feria) que atienden los asuntos de urgencia en todos los fueros y grados de conocimiento (LOPJ, 249).

Los *asuntos de feria* son contingentes en los distintos ordenamientos. En SFE, ver LOPJ, 250.

En otros países el régimen es diferente: las vacaciones judiciales se diagraman para ser gozadas en forma escalonada por todos los jueces, de modo que el tribunal –como conjunto de órganos– permanece siempre abierto y recibiendo toda suerte de asuntos litigiosos.

En mi opinión, el sistema no es beneficioso para el logro de una adecuada eficiencia del servicio en razón de que el Poder Judicial casi nunca opera en pleno y, además, se cercena el derecho a vacaciones de los abogados que carecen de suplentes idóneos para continuar la tramitación de los asuntos justiciables.

6) *Derecho a juzgamiento por un foro privativo con motivo del cumplimiento de la función judicial*

Como consecuencia natural de la garantía de inamovilidad, por la cual no puede ser separado de su cargo por la autoridad que lo designó, algunas constituciones y muchas leyes establecen que, por razones de incapacidad física o mental y por mal desempeño del ejercicio de la función, el juez puede ser apartado del cargo pero con la condición de que la respectiva causal sea analizada y juzgada por un tribunal que generalmente es de estricto carácter político (por ejemplo, el Senado o la Asamblea Legislativa) o mixto y *ad-hoc* (Jurados de enjuiciamiento de magistrados judiciales, compuestos generalmente con las más diversas variantes: legisladores, jueces superiores, jueces de igual jerarquía que quien se halla sometido a juzgamiento, abogados en ejercicio pleno de la profesión, etc.) (CP, 91 y Lp 7050, reformada por Lp 12.949).

Las causales reveladoras de mal desempeño también son contingentes y varían de un ordenamiento a otro.

Las más comunes son: falta de idoneidad física, intelectual o moral, inconducta revelada por la comisión de actos regulados como incompatibles con el cargo (ver # 1.1.4. de esta misma Lección), inadecuado ejercicio de la función judicial, por desconocimiento manifiesto del derecho o por retardo imputable y reiterado en el juzgamiento de los litigios sometidos a su conocimiento, etc. (Lp 7050, reformada por Lp 12.949).

7) *Derecho a no ser detenido ni ver restringida en modo alguno su libertad de actuar*

Este derecho –conocido doctrinalmente con la denominación de *inmunidad judicial en materia penal*– es aceptado por todas las legislaciones republicanas y se funda en la necesidad de evitar que, so pretexto de imputar a un juez la comisión de un delito, el mismo pueda ser arrestado, entorpeciendo con ello la marcha de la justicia y, particularmente, imposibilitando que conozca de una determinada causa justiciable en la cual haya intereses políticos de por medio.

Esta inmunidad no es exclusiva de los jueces: existe una *parlamentaria* (también en materia penal, pero reducida a que el legislador no puede ser acusado ni molestado por las opiniones o discursos que emita en el desempeño de su mandato, ni detenido salvo que sea sorprendido *in fraganti* en la ejecución de ciertos delitos, generalmente mayores) y otra *diplomática* (sólo en cuanto al sometimiento de embajadores, ministros y cónsules extranjeros a un foro privativo dentro del país en el cual desempeñan sus funciones).

Como se ve, la judicial es o debe ser la única *inmunidad absoluta* (el juez no puede ser detenido ni siquiera *in fraganti)* al menos doctrinalmente y en un sistema republicano de adecuado y recíproco intercontrol de Poderes (LOPJ, 10).

Sin embargo, algunos legisladores no lo han aceptado así, sometiendo dicha inmunidad a ciertas pocas y variadas restricciones, lo cual no es bueno ni condice con la idea de República.

8) *Derecho a exceptuarse del cumplimiento del deber de comparecer en calidad de testigo*

Toda persona de existencia visible mayor de una determinada edad –que cambia en las distintas legislaciones– tiene que atestiguar cuando es requerido judicialmente al efecto.

Para ello, debe *comparecer* ante la autoridad requirente y *testimoniar la verdad* acerca de lo que se le pregunte en el acto respectivo.

De estas distintas actividades se extraen tres deberes que para todo testigo surgen con motivo de la existencia de un proceso: el de *comparecer,* el de *declarar* y el de *decir la verdad.*

Por ahora interesa sólo el primero de ellos: en general, los jueces pueden acogerse al derecho que comento y, en consecuencia, exceptuarse de comparecer ante la autoridad que requiere su testimonio (art. 215).

Pero como en modo alguno están ellos exentos del deber de declarar, dos sistemas existen en las normativas vigentes para que puedan hacerlo: declarar en su propio despacho, en día y hora que establezca el juez ante quien han de declarar o responder por escrito a las preguntas que éste les curse mediante un oficio librado al efecto.

Ya volveré sobre el tema en la Lección 19.

9) *Derecho a exceptuarse de ciertas medidas cautelares*

En la mayoría de las legislaciones, la remuneración de un juez es siempre embargable. De ahí que me haya referido al tema al tratar de las incompatibilidades judiciales, sosteniendo que todo juez tiene el deber de levantar las medidas cautelares que se decreten sobre sus bienes, salvo casos excepcionales emergentes de las relaciones de familia.

Algunas legislaciones, no obstante, y como consecuencia de la garantía de intangibilidad y de la existencia de normas que prohiben trabar embargo sobre ciertos bienes (no es el caso de la Argentina) establecen para el juez el derecho de que su remuneración, así como sus libros, no sean embargados. No me parece razonable esta excepción ni congruente con la dignidad de vida que cabe exigir siempre de todo juez, por lo que debe ser evitado a todo trance en homenaje a la idea de república.

10) *Derecho a exigir la total colaboración de la fuerza policial para ejecutar sus sentencias, para lograr la efectivización de sanciones impuestas con motivo de la función judicial y para obtener la cautela de bienes, derechos o personas*

Como es obvio, el juez no puede ejercer fuerza personal ni dispone de una dotación que esté en condiciones de hacer cumplir forzadamente sus mandatos.

Lo mismo cabe decir respecto de la imposición de sanciones o de la expedición de cautelas.

De ahí que siempre deba ocurrir al auxilio de las instituciones que tienen a su cargo la seguridad de las personas y la prevención y represión de delitos, que siempre y en todas partes se hallan bajo la dependencia inmediata del Poder Ejecutivo.

Para asegurar que éste preste efectivamente tal auxilio toda vez que sea solicitado por un juez, algunas legislaciones disponen ejemplarmente el deber de la autoridad administrativa de otorgarlo en forma irrestricta siempre que sea necesario a criterio del juez solicitante (p. ej.: LOPJ, 103).

11) *Derecho a recibir cierto tratamiento por parte de justiciables y letrados*

Algunas pocas legislaciones establecen expresa y detalladamente el tratamiento protocolar que debe otorgarse a un juez. A guisa de ejemplo, menciono que varias normativas vigentes prescriben que, para dirigirse a un juez o para permanecer en su presencia, el interesado debe hallarse de pie, que ha de tratarlo de *excelencia, señoría*, etc. En SFE, ello fue erradicado por un Dp del año de 1962.

Todo esto marcha a contramano de la historia. No creo que sea bueno para el justiciable ni para el propio Poder Judicial establecer un tratamiento al mejor estilo de la nobleza europea ya en retirada. Aquí si que conviene seguir el republicano ejemplo que muestran los Estados Unidos de América, donde lo que aquí expongo puede parecer de otra galaxia.

Para finalizar: respecto de los tribunales superiores la mayoría de las legislaciones acuerdan el derecho –en rigor no se trata de una facultad– de elegir libremente a quien ejercerá la autoridad o presidencia del Cuerpo, de acordar, elaborar y decretar su reglamento interno, etc. (LOPJ, 20 y 38).

1.1.6. LOS DEBERES DE LOS JUECES

Toda la actividad jurisdiccional (concebida como la suma de las tareas de *procesar, sentenciar* y *ejecutar*) se realiza mediante el ejercicio de una serie de *deberes* (sujeciones) y de *facultades de obrar* (poderes o potestades).

La doctrina no es pacífica respecto de la conceptuación, denominación y clasificación de tales deberes y facultades de los jueces: basta dar una somera lectura a las obras más conocidas para advertir que cada autor habla un idioma propio y distinto del de los demás.

Sin embargo, media un acuerdo casi generalizado para formular todo concepto a partir de la denominación *deber - potestad* (o viceversa), con la cual se utiliza un término formado por dos palabras con significado antagónico.

Por mi parte creo que resulta más sencillo utilizar al efecto los vocablos que el propio idioma castellano permite usar aun en el tema que ocupa ahora la atención.

Por tanto, entiendo por

a) *deber,* el imperativo jurídico que ordena una concreta conducta positiva o negativa del juez, cuya omisión lo hará pasible de algún tipo de sanción o responsabilidad (administrativa, civil o penal); y por

b) *facultad,* la aptitud, poder o derecho para hacer siempre voluntariamente alguna cosa u obrar en determinado sentido, cuyo ejercicio está encaminado al mejor desempeño de la función.

De tal modo, la diferencia esencial entre *deberes y facultades* radica en que en los primeros no hay actividad volitiva del juez, pues la ley determina imperativamente su actuación; en las segundas, en cambio, la ley posibilita la realización de la conducta, pero su efectivo ejercicio depende del exclusivo querer del propio juez quien, en cada caso, puede optar por hacer o dejar de hacer.

Efectuadas estas aclaraciones preliminares, véanse ahora cuáles son los *deberes de los jueces.*

Una primera y elemental clasificación permite diferenciar los *funcionales* de los *procesales*, según que se relacionen con la función misma o con el desenvolvimiento y culminación del proceso, ahondándose la distinción si se atiende a que los funcionales existen para todo juez, independientemente de que intervenga o no en un determinado proceso.

Los vemos a continuación.

1.1.6.1. LOS DEBERES FUNCIONALES

Pueden ser clasificados, a su turno, en *esenciales y legales*, según que la imperatividad devenga inmanentemente de la propia función o, al contrario, que atienda a necesidades contingentes que responden a razones derivadas de la política legislativa vigente en un tiempo y lugar dados, tendientes a lograr un eficiente servicio al justiciable.

1.1.6.1.1. LOS DEBERES FUNCIONALES ESENCIALES

Son los más importantes de toda la nómina que puede efectuarse respecto del tema, pues algunos de ellos se correlacionan acabadamente con los *principios procesales* que ya he explicado en la Lección 9.

Sin pretensión de taxatividad, creo que estos deberes son:

1) *Independencia*

Al tratar las características propias de la función judicial he señalado que el ideal del Estado republicano lleva aneja la necesidad de existencia de un recíproco intercontrol de poderes.

Y es que parece claro que todas las buenas intenciones del legislador y toda la justa ordenación del Derecho de nada sirven a una comunidad jurídica si la seguridad absoluta de su realización no aparece garantizada por jueces independientes, alejados de las incidencias de la política diaria.

De tal modo, este deber indica claramente que todo juez ha de actuar con total y absoluta independencia del poder político de turno.

Tan importante es esto que sin independencia no hay actividad jurisdiccional y, sin ésta, *no hay proceso* (tal como lo he sostenido recurrentemente en la Lección 6).

Pero insisto en la idea sostenida al intentar describir el concepto de *imparcialidad*: independencia de toda obediencia debida, de todo prejuicio, etc.

2) *Imparcialidad*

Al igual que el anterior, este deber entronca con un claro principio procesal (ver la Lección 9) que indica que la actividad es jurisdiccional sólo cuando el juez actúa sin interés propio (*inmediato*: de él mismo o *mediato*: de su cónyuge, hijo, etc.) en un proceso.

Tanto es así, que ya he sostenido que si el juez no guarda el deber de imparcialidad, no habrá proceso a raíz de su actuación sino sólo una apariencia de su idea.

3) *Lealtad*

En la generalidad de las leyes procesales se menciona a este deber como propio y específico de las partes, con olvido de que también opera plenamente respecto del juez en razón de que por aquél ha de expresar a los litigantes las razones que impiden su actuación (por ejemplo, por parcialidad), mantener una obvia discreción en el desarrollo del proceso para evitar el *strepitus fori* y cuidar de no adentrarse en la intimidad de las partes.

Además, la lealtad aparece clara en la seriedad de la actitud que, como juez, debe tener al emitir su resolución.

4) *Ciencia*

Doctrinalmente se afirma que este deber es el que impone al juez el conocimiento del derecho en grado suficiente como para aplicarlo eficientemente a casos concretos que debe procesar, resolver o ejecutar.

Pero esto no ha de entenderse sino como una continua labor de investigación que posibilite a la postre una adecuada información jurídica que le permita ejercer con eficiencia la función sin descuidar –so pretexto de una especialización determinada– la óptica de conjunto que permite ver al Derecho como un todo en el cual no hay compartimientos estancos.

Además, este deber exige en el juez un imprescindible contacto con la vida, generadora de una experiencia propia que le haga doler la injusticia a fin de evitarla en la función.

5) *Diligencia*

Desde siempre se sabe que la justicia tardía no es justicia.

Para lograr su efectiva realización el juez ha de actuar diligentemente, cumpliendo las tareas encomendadas por la ley dentro del tiempo establecido para ello.

6) *Decoro*

Parece obvio destacar que el decoro, como *honor, respeto y consideración que recíprocamente se deben el juez y las partes* es un elemento esencial para el desempeño de la función, por lo que implica la circunspección, gravedad, pureza, honestidad, recato y estimación que el juez debe inspirar a las partes y a la gente en general a fin de que sus sentencias tengan algo más que la mera autoridad emergente de la ley: la autoridad moral de la propia persona del juzgador.

1.1.6.1.2. LOS DEBERES FUNCIONALES LEGALES

Ya los he concebido como aquellos cuya imperatividad responde a contingentes necesidades que atienden a razones derivadas de una política legislativa determinada con la mira puesta en el logro de un servicio eficiente.

En la organización judicial de la mayoría de los ordenamientos vigentes, estos deberes son:

1) prestación de *juramento* como condición de la investidura en el cargo (CP, 87 y LOPJ, 209);

2) *residencia* en el lugar donde tiene su sede el tribunal (CP, 90 y LOPJ, 210);

3) asistencia al despacho con la periodicidad y tiempo necesario para atender satisfactoria y diligentemente las instancias de las partes (LOPJ, 213, 4°);

4) suplencia de otro juez en caso de ser menester (LOPJ, 217) y

5) permanente *ausencia de cualquier causal de incompatibilidad* (ya desarrolladas en # 1.1.4. de esta Lección).

Cada uno de ellos se explica por sí solo.

1.1.6.2. LOS DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN

Son los que la ley impone al juez con relación a la dirección y desarrollo del proceso, desde la admisión de la demanda hasta el cerramiento del trámite procedimental. (Ya se verá más adelante que el proceso se inicia con la deducción de la demanda y tiene un desarrollo que culmina con el llamamiento de autos).

Durante tal curso cabe al juez conectar las instancias de las partes: a esta tarea se la conoce como de *dirección del proceso* (recuérdese que todo el trámite está gobernado por la regla de la *bilateralidad).*

Para que el juez logre dirigir eficientemente un proceso, la absoluta generalidad de las leyes vigentes le impone ciertos deberes que son contingentes y, por tanto, cambiantes de código a código y, por supuesto, radicalmente diferentes si se compara un juez del sistema inquisitivo con otro del sistema acusatorio.

En la tesitura de esta obra sólo cabe hacer una enunciación de tales deberes a partir de una clasificación que tiene en cuenta distintas ópticas: la del proceso *en sí mismo* y como *medio de debate*, la de los *sujetos intervinientes* y la del *litigio* que se controvierte.

1) Deberes que surgen con relación a *la pura actividad de procesar*

Pueden ser computados a título ejemplificativo[2]:

- presidir todo acto en el cual deba intervenir la autoridad judicial (art. 18);
- actuar con un secretario que dé fe de lo que el juez actúe (art. 49);
- efectuar adecuado control de los trámites atinentes a la secretaría y, congruente con ello, revocar o corregir providencias simples dictadas por el secretario (art. 49);
- determinar inicialmente el tipo de procedimiento a seguir en el caso concreto;
- vigilar para que durante la tramitación del proceso se procure la mayor celeridad y economía (art. 21);
- concentrar las diligencias procesales (art. 21);
- disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades (art. 21);
- declarar la caducidad del proceso (art. 233);
- fijar los plazos procesales cuando la ley no lo ha hecho (arts. 47, 72, 89, 92, 187, 402, 403, 504, 547);
- controlar el pago de costas y gastos (arts. 33, 34, 104, 229, 231).

2) *En cuanto a los sujetos intervinientes*

Pueden computarse los siguientes deberes:

- mantener la igualdad jurídica de las partes (arts. 21, 46, 597);

---

2 La explicación del contenido preciso de cada uno de estos deberes excede el marco de este trabajo y tolera otro libro al efecto. Hace muchos años lo escribí –se trata de *El juez, sus deberes y facultades* que publicó ediciones *Depalma* en el año de 1982– que recuerdo ahora al sólo efecto de abjurar de las ideas que allí sostuve en pro de un juez inquisitorial. Nuevamente reconozco que estuve mucho tiempo equivocado y que por ello no volvería a escribirlo en los mismos términos. De ahí que no haya autorizado hasta hoy una segunda edición después de tantos años...

- excusarse mediando causal al efecto (art. 11);
- prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de probidad, a la lealtad y a la buena fe procesal (arts. 22, 24, 225 y 563);
- cuidar el orden y el decoro en los juicios (art. 22 y LOPJ, 222);
- procurar, en ciertos casos, el avenimiento de las partes (arts. 19 y 573).

3) En cuanto al *litigio operado entre las partes*

Los deberes admiten nueva clasificación: respecto de la *pretensión*, del *derecho que la sustenta* y de la *confirmación de los hechos controvertidos.*

a) En cuanto a la *pretensión,* los deberes son:

- velar por la competencia judicial, cuando es de carácter improrrogable (arts. 8, 138, 287) (ver la Lección 7);
- señalar los defectos de las peticiones antes de darles trámite (arts. 33, 131, 547);
- integrar el litigio en caso de estar controvertida una relación jurídica inescindible (art. 305);
- acumular procesos en un mismo procedimiento cuando exista entre ellos conexidad causal o afinidad (arts. 141, 340, último párrafo, 343);
- comprobar la ausencia de litispendencia y de los efectos del caso juzgado (arts. 141 y 552).

b) En cuanto al *derecho que sustenta la pretensión*

El único deber es el de calificar jurídicamente la relación litigiosa (en orden a la regla *jura novit curiæ,* ver la Lección 9) (art. 243).

c) En cuanto a la *confirmación procesal*

Siempre a título ejemplificativo, los principales deberes son (para todos ellos, ver la Lección 19):

- determinar los hechos a confirmar (art. 145);
- mantener la vigencia de la regla procesal de concentración (arts. 21, 149, 208);
- desechar liminarmente todo medio de confirmación que sea de improcedencia notoria (art. 145);
- en algunas legislaciones hacer lo mismo respecto de medio confirmatorio impertinente (no en SFE, art. 145);
- abstenerse de cuestionar la validez intrínseca de la prueba testimonial (art. 201);

- recibir por sí todas las instancias confirmatorias (arts. 18, 151, 152, 162, 177, 180, 184, 543, 558);
- eliminar o modificar preguntas en el pliego de testigos (art. 204); y de posiciones en el de declaración de parte (art. 165);
- carear testigos y partes (art. 213);
- ordenar inspecciones (art. 227);
- determinar los puntos sobre los cuales debe versar una pericia (art. 187);
- establecer el modo de diligenciar cualquier medio de confirmación no previsto en la ley respectiva (art. 147).

1.1.6.3. DEBERES JUDICIALES DE RESOLUCIÓN

Estos deberes se relacionan exclusivamente con la actividad de *sentenciar* y nada tienen que ver con la de procesar.

Cabe poner énfasis nuevamente en estas diferentes tareas que cumple el juez, pues desde la óptica unitaria del proceso que ya he mostrado en la Lección 2, recalco que la *actividad de procesar* es siempre idéntica en cualquier tiempo y lugar y aun respecto de las más variadas materias litigiosas pues la serie lógica *es la misma en todos los casos* cuando se respeta la idea de proceso y no se usa esta denominación para otra cosa.

Lo que se muestra verdaderamente cambiante es la *actividad de sentenciar*, sujeta a reglas que varían en el tiempo y en el espacio y que le imponen al juez un determinado obrar: por ejemplo, si se procesa por delito penal, el juez debe absolver al reo en caso de duda; si la pretensión es laboral, debe estar a favor del operario en el mismo supuesto, etc.

Haciendo ahora una conceptuación de este deber conforme a la tesitura expositiva adoptada en este obra, cabe decir que consiste en *fallar* (resolver) todos los *casos justiciables* presentados a sede judicial por *parte interesada,* aplicando a los hechos confirmados por ellos la *norma jurídica* que los regule si se adecua al ordenamiento constitucional vigente[3].

3 En obra anterior agregué a este párrafo la frase *o reglas de equidad* (ver mi libro *El Juez: sus deberes y facultades,* ed. Depalma, Buenos Aires, 1982). Hoy no la repito pues he visto hacer uso desmedido de tales reglas y, a mi juicio, ello ha sido uno de los factores de mayor influencia en la formación del movimiento decisionista que aquí tanto critico.

Los caracteres que se extraen de este concepto son:

1) *Noción de deber de fallar*

Esta actividad consiste en heterocomponer (resolver) todos los litigios sometidos al conocimiento judicial aun en defecto de norma jurídica que lo regule de modo expreso.

Este deber es relativamente moderno y no opera en forma universal. Aún hoy impera en algunos ordenamientos el instituto de la *absolución de la instancia* (o *sentencia inhibitoria*) que otorga al juez la facultad de abstenerse de sentenciar en caso concreto en razón de carecer de elementos confirmatorios suficientes para condenar o absolver al demandado o reo. En otras palabras: la absolución no se produce respecto del delito imputado o de la obligación de restituir la cosa pedida, por ejemplo, sino sólo del proceso sustanciado al efecto; en tal caso, sobreviniendo nuevos medios confirmatorios, el actor o acusador pueden volver a demandar y acusar sobre la misma cosa o delito, respectivamente. En el orden penal, este instituto que implica siempre un *no juzgamiento* de la pretensión sometida a la decisión judicial se conoce con la denominación de *sobreseimiento* (algunas legislaciones adoptan esta designación para algunos supuestos propios del campo civil).

Castizamente, este vocablo significa *cesar en una instrucción sumarial* o, también, *dejar sin efecto ulterior un procedimiento*, por lo que sólo cabe *sobreseer* en supuestos en los cuales el juez se *abstiene de juzgar* (por ejemplo, por muerte del imputado o por amnistía o por prescripción de la pretensión punitiva, etc.).

Sin embargo, algunas leyes procesales modernas –otra muestra más de la polivalencia de los vocablos usados por el legislador– utilizan el instituto para dejar sin efecto un proceso por otras dos razones que siempre implican *un claro juzgamiento*: *inexistencia del hecho penal* y *ausencia de autoría por parte del imputado*.

Esta indebida y notoriamente errónea extensión conceptual que se muestra en la ley, al llamar por igual *sobreseimiento* a supuestos diferentes que concluyen unos en un no juzgamiento y otros en un juzgamiento expreso y positivo, generó en algún momento de la historia una clasificación del instituto en *definitivo* (sobreseimiento que tiene valor de absolución) y *provisional* (sobreseimiento que tiene valor de absolución de instancia).

En este último caso, el juez puede reabrir la sustanciación de la causa penal con obvio detrimento del principio de seguridad jurídica, en tanto que no puede hacerlo en el anterior.

Ello explica al lector la razón que justifica la persistente prevención con la cual la doctrina seria ha mirado en todo tiempo al sobreseimiento provisional.

Superados doctrinal y, en algunos casos, legislativamente estos institutos, hoy existe un claro deber de fallar en casi todas las legislaciones (CC, 15), estableciéndose en muchas de ellas que aun más allá de la deficiencia confirmatoria los jueces no pueden abstenerse de sentenciar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia legislativa.

A este efecto, algunas normas solucionan el problema, tal como ocurre con la contenida en el CC, 16[4].

2) *Noción de caso justiciable*

Se entiende por *caso* todo litigio (ver su concepto en la Lección 2) presentado ante un juez.

La adjetivación *justiciable* significa que, conforme con la ley, el caso puede ser sometido a la decisión judicial.

El tema será explicado en # 2.3.2.1 de la Lección 25, por lo que sólo cabe mencionar ahora que un caso no es justiciable en cuatro supuestos: cuando

a) la propia ley prohibe el procesamiento de una pretensión determinada,

b) ésta carece de contenido jurídico, o

c) no se vincula con una efectiva colisión de intereses, o

d) es de naturaleza eminentemente política y sujeta, entonces, a un control de la misma índole.

Acerca de este último supuesto no existe pacífico criterio doctrinal ni jurisprudencial.

Y es que los mentores del autoritarismo que caracteriza a muchos países del continente son renuentes a aceptar la plena justiciabilidad de todo conflicto de intereses so pretexto de que los actos administrativos (reglados o no) son *privativos* de cada uno de los tres Poderes que los realizan.

A mi juicio, ello constituye una exageración que no tiene que ser admitida en un régimen republicano, pues no existe ni debe existir acto administrativo *reglado* alguno –no importa al efecto de cuál de los tres Poderes conocidos emane– que quede exento de justiciabilidad y, por ende, de control de constitucionalidad.

---

4 CC, 16, establecen que "si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún fuere dudosa la cuestión, se resolverá por los principios generales del derecho, teniéndose en cuenta las circunstancias del caso"

Al lado de esto, se ha aceptado generalizadamente la doctrina que restringe tal control en lo que toca a los actos puros de *gobierno* que, como tales, están sujetos a un control exclusivamente *político*. Ejemplos de estos actos se ven en la declaración de guerra, la fijación del pie de valor de una moneda, la declaración de estado de sitio, la intervención federal a una provincia, etc.

En la Argentina actual el control de los jueces se extiende a toda suerte de actos de los funcionarios, políticos o no. Y ello ha generado otro problema que preocupa hondamente a los estudiosos y que en la sociología tribunalicia se denomina *decisionismo judicial.*

El desarrollo del tema excede largamente el marco de esta obra y lo he tratado en anterior oportunidad[5].

3) *Noción de parte interesada*

En función de la antigua y universalmente aceptada regla de la *rogación* (el juez sólo conoce a pedido de parte) que no es otra cosa que una elemental aplicación extensiva de la regla procesal de congruencia, el juez debe intervenir en un litigio sólo a base de instancia de persona que afirme la existencia de un conflicto en el plano de la realidad y, también, que su mantenimiento en tal plano afecta directa o indirectamente su propio derecho o interés jurídico.

Descarto totalmente, por supuesto, la existencia de un proceso incoado de oficio por el juez: tal cosa será siempre un simple procedimiento controlable luego por la vía de un auténtico proceso.

4) *Noción de hechos confirmados por las partes*

Ya se sabe que la regla básica de la actividad de procesar consiste en la necesaria existencia de una *afirmación* (Juan me debe o cometió un delito, etc.) a la que puede seguir una eventual negación.

De tal modo, cuando a consecuencia de esta negación (por una de las vías posibles: *contradicción* y *excepción,* ver la Lección 18) queden hechos *controvertidos,* uno de los interesados (nunca los dos al mismo tiempo y respecto del mismo hecho) tendrá que confirmar lo afirmado según ciertas reglas precisas que se estudiarán en la Lección 19.

El acatamiento a dichas reglas es fundamental para lograr el desarrollo de la línea de eficiencia (ver la Lección 2); tanto así que, si quien debe confirmar en función de dichas reglas no lo hace, ha de perder irremediablemente el pleito.

5 Ver mi *Debido proceso de la garantía constitucional*, ed. Zeus, Rosario, 2003.

Por ello, y conforme con la regla procesal de congruencia el juez debe sentenciar todo caso en función exclusiva de los hechos que han confirmado las partes como consecuencia de la existencia de una afirmación negada.

Sin embargo, y en homenaje a la búsqueda de la *verdad real* de lo acaecido en los hechos que generaron el conflicto, las leyes procesales modernas (apegadas todas a lo mejor del método inquisitivo) establecen *la facultad* de todo juez de procurar la obtención de tal verdad a fin de lograr el imperio de una auténtica justicia en cada caso sometido a juzgamiento; yendo más allá, otras leyes –en rigor, las más– otorgan a esta facultad el carácter de *deber* (ver, p. ej. CPCN, 34, 4°) y alguna otra llega a sancionar severamente su incumplimiento.

Esto es absurdo y generador de grave riesgo para el juez y de innumerables artilugios dilatorios de las partes.

Pero, además, es notoria y notablemente asistémico y, por ende, no se adecua con las reglas que imperan en el enjuiciamiento acusatorio, único de auténtica raigambre constitucional entre los dos conocidos.

Para poder compartir esta afirmación, que no se me escapa suena muy dura a los oídos de quienes aún están enamorados de los regímenes totalitarios que no condicen con la existencia de un sistema republicano de gobierno, debe reparar el lector en que la *verdad* –al igual que la *justicia*– es un *valor relativo* cuando se trata de establecerlo por parte de un hombre –necesariamente falible– y mediante la sustanciación de un proceso.

Sin perjuicio de que insistiré acerca de este mismo tema en la Lección 19, supóngase ahora que un juez probo, dedicado y cumplidor de sus deberes, encuentra luego de ardua búsqueda *la Verdad* y, a base de ella, condena al reo.

Supóngase también que el tribunal superior, actuando con los mismos calificativos recién expresados, revoca la sentencia inferior y absuelve al condenado so pretexto de haber hallado *la Verdad.*

Supóngase, finalmente, que otro tribunal superior del anterior, anule el proceso por violación de alguna de las formas esenciales que lo rige, disponiendo un nuevo juzgamiento.

¿Cual es *la verdad* única, absoluta y real? ¿Realmente la hay? ¿No será que cada posible juzgador ha llegado a *su verdad* en función de lo que ha hallado en el proceso de acuerdo con su propia formación personal y jurídica?

Y si la *verdad real* fue la que admitió como tal el juez de primer grado, ¿no quedó desvirtuada por la verdad que el superior entendió como tal y que tiene que prevalecer sobre aquélla por una simple aplicación de la regla de subordinación de grado en la escala judicial?

Por supuesto, pueden efectuarse muchas disquisiciones más en torno de esta suerte de juego de obtener la verdad, pero es suficiente con lo expuesto en orden a mostrar que, por buena que sea la intención del legislador, no hay más remedio que aceptar como *verdad* lo que acerca de ello afirme el *último juzgador* de un sistema dado.

De allí que, para que el juez no se concrete a cumplir su función como simple convidado de piedra en la celebración de una misa jurídica (cual se afirma continuamente por los decisionistas procesales) y tenga que aceptar como bueno y en silencio el engaño o fraude de una de las partes en perjuicio de la otra, sea conveniente otorgarle la *facultad* –y nunca el *deber*– de procurar llegar a la justa solución del caso mediante una actividad tuitiva que puede desarrollar con claras limitaciones sólo en ciertos y excepcionales casos específicamente detallados en la ley.

Esta actividad se denomina legal y generalizadamente como *medidas para mejor proveer* o *medidas para mejor resolver* (que no deben ser confundidas con las *pruebas de oficio* de Colombia o del Perú, por ejemplo), universalmente aceptadas y legisladas para que el juez las adopte respecto de ciertos hechos que deben ser confirmados por las partes (arts. 20 y 21).

Contra la opinión mayoritaria creo que esta actividad es realmente excepcional y que, como tal, debe ser efectuada con las restricciones que toda excepción exige a fin de que el juez no abuse de los poderes que confiadamente le confirió el legislador y convierta al proceso en un instrumento de arbitrariedad y autoritarismo al romper el adecuado e igualitario equilibrio que debe existir entre las partes.

A mi juicio, tales restricciones, de ineludible cumplimiento por el juez, son las siguientes:

a) es necesario que en el litigio *se haya ofrecido y producido algún medio confirmatorio relativo al hecho sobre el cual versa la medida* para mejor proveer: de lo contrario, el pleito debe ser resuelto a base de las reglas del *onus probandi* y no con el resultado de pruebas decretadas de oficio, a voluntad del sentenciante;

b) es necesario que, a pesar de la confirmación ya producida a raíz de actividad exclusiva de alguna de las partes, *el juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio:* este requisito no contempla el supuesto de total carencia confirmatoria sino, al contrario, el de abundancia de medios que se contradicen entre sí, de modo tal que dejan al juez sumido en la perplejidad de la duda al no saber a quién otorgar la razón. Por supuesto, esto sólo en lo civil pues en materia penal toda actividad probatoria oficiosa es siempre inconstitucional (a

menos que se efectúe a favor del reo y para sostener su *estado de inocencia*). Ya volveré sobre el tema;

c) es necesario que el juez *ordene estas medidas cuando el proceso ha finalizado* y el litigio ya se halla pendiente de la obtención de la sentencia, lo cual descarta su adopción durante alguna de las fases del proceso, toda vez que ello es propio del sistema inquisitivo en el cual no aparece ni remotamente la idea lógica del proceso;

d) es necesario que la medida ordenada tenga *exclusiva finalidad confirmatoria,* lo cual descarta toda actividad que rebase ese ámbito limitado;

e) es necesario que la orden de producción de algún medio confirmatorio *sea producto del espontáneo sentir del juez,* lo cual implica que estas medidas no deben ni pueden ser peticionadas o sugeridas por las partes;

f) es necesario que la medida ordenada sea *procedente legalmente,* es decir que no esté prohibida por el texto de la ley y absolutamente *pertinente*;

g) es necesario que se mantenga a todo trance *la igualdad procesal de las partes:* ello hace a la esencia misma de la idea lógica del proceso, que no se respeta cuando el juez sale a suplir oficiosamente la inactividad confirmatoria del interesado;

h) es necesario, finalmente, que en la producción de la medida ordenada "para mejor proveer" se otorgue adecuada *participación a los interesados,* lo cual implica que la orden respectiva debe ser notificada a las partes y que ellas deben tener oportunidad de evaluar sus resultados a la par de oponerse a su realización si se refieren a hechos no articulados o no están permitidas por la ley o se rompe la igualdad procesal, etc.

Las leyes en general refieren como ejemplos de estas medidas que los jueces pueden ordenar la agregación de documentos existentes en poder de las partes y terceros, pedir informes, ordenar reconocimientos, avalúos o algunas otras diligencias necesarias, aceptar u ordenar la ampliación del número de testigos, etc.

No estoy de acuerdo con esta extensión. Creo que el juez, atado legalmente a las reglas del *onus probandi*, sólo puede dictar este tipo de medidas cuando tiene pruebas convictivas que son claramente contradictorias y, entonces, busca argumentos para poder fundar su pronunciamiento en una de ellas.

Insisto finalmente y por tercera vez en esta Lección: en el proceso penal no deben decretarse jamás y bajo ninguna circunstancia a menos que tengan la única y afirmada finalidad de beneficiar al reo.

En efecto, si sólo pueden ordenarse en caso de *duda* (*carencia de convicción* he dicho precedentemente en el punto b), resultan asaz improcedentes en el campo de lo penal en razón de que tal duda autoriza sin más decretar la absolución del imputado, por simple aplicación del antiguo brocárdico *in dubio pro reo*.

Por lo demás, Botto Oakley ha demostrado decididamente en Chile su notoria improcedencia e inconstitucionalidad[6].

Veamos: si el juez tiene dudas acerca de la existencia del hecho o de la culpa del imputado, por ejemplo, debe absolver sin más conforme con el principio que muestra y acepta el *constitucional estado de inocencia de todo ciudadano*.

Si no lo hace y pretende salir de la duda mediante el resultado de una eventual *medida para mejor proveer*, parece obvio que la intención del juez al declararlas *es lograr siempre la posibilidad de una condena*, con lo cual muestra una clara parcialidad que destroza la idea del debido proceso.

En efecto: si las ordena y

a) no se practican o resultan anodinas para el resultado de la causa, el juez persiste en la duda y *debe absolver*;

b) si las practica y, a la postre, resultan favorables al reo, también persiste la duda y *debe absolver* a base de ella;

c) si las practica y salen en contra del reo, el *juez condenará*.

¿No parece así claro que dicta tales medidas sólo para posibilitar la condena y, con ello, no resulta ya obvia su inconstitucionalidad?

5) *Noción de aplicación de la norma que regule el caso*

Siempre que el juez resuelve un litigio debe hacerlo mediante una serie de operaciones lógicas que siguen un orden predeterminado:

a) en primer lugar, interpreta conductas efectivizadas en el pasado a la luz de los hechos admitidos en su existencia y de la confirmación de los hechos afirmados y negados;

b) en segundo lugar, individualiza la norma abstracta que preexiste en el plexo jurídico vigente a fin de subsumir en ella la conducta de las partes ya aceptada como existente;

c) en tercer término, y de ser necesario, interpreta el contenido de la norma según ciertos sistemas admitidos por la propia ley o por la doctrina y que fluctúan

6 Ver su obra *Las medidas para mejor resolver son inconstitucionales en Chile*, ed. Juris, Rosario, 2003.

entre el dogma de la autoridad plena de la ley y el de la voluntad del juzgador (o sea, entre la escuela del derecho como exigencia impuesta por el legislador –dogmática jurídica– y la escuela de derecho libre, sujeta a la voluntad del propio juzgador; ésta y aquélla con todos sus accidentes y actuaciones, desde la intención legislativa hasta la actualización de los institutos jurídicos según las exigencias de la vida y del desarrollo de las doctrinas contemporáneas);

d) en cuarto y último lugar, crea la norma que ha de servir para la solución del caso cuando ella no se encuentra contenida en la ley o en la costumbre (recuérdese que el juez no puede abstenerse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley).

En el primer supuesto, la función del juez se reduce a verificar una situación de hecho aceptándola como existente a base de aplicar las reglas respectivas; en el paso siguiente, encuadra legalmente tal situación –dentro de un marco de rigurosa lógica– en una norma previa, general y abstracta de contenido inequívoco, de modo tal que ambos pasos constituyan la simple formulación de las premisas de un silogismo; en la hipótesis que sigue –y que es eventual– la norma existe como tal pero exige una interpretación de su contenido no sólo en cuanto a su espíritu y alcances sino también en lo que toca a su adecuación al caso concreto en juzgamiento; el último supuesto revela la ausencia de norma en la cual encuadrar la situación de hecho por lo que el juez no puede aplicarla ni interpretarla.

De ahí que deba *crearla* buscando al efecto la solución legislada para casos análogos y, de no haberlos, en los principios generales del Derecho.

Como se ve, la aplicación del Derecho en sentido amplio puede atravesar cuatro peldaños sucesivos (interpretación de los hechos y aplicación o interpretación o integración de la norma jurídica) que, en el momento de sentenciar, se fusionan en una labor intelectual única que poco tiene de mecánica y mucho de creativa.

Esta tarea configura una regla procesal –*jura novit curiæ*– ya explicada en su concepto y alcances en la Lección 9 (art. 243).

6) *Noción de control de constitucionalidad de la ley a aplicar*

Siempre que el juez aplica una norma abstracta preexistente en la solución de un caso justiciable debe hacer un control acabado de su adecuación plena y perfecta con el orden constitucional vigente, con natural e implícita facultad de apartarse del texto legal cuando se presenta claramente repugnante con la ley suprema, que es la que da la base y otorga sentido a todo sistema de derecho.

Esto que resulta tan obvio para todo conocedor del régimen piramidal que existe en el ordenamiento jurídico (según el cual las normas inferiores deben

adecuarse con las superiores, por ejemplo: el decreto o la ley provincial debe respetar a la ley nacional y ésta a la Constitución) no es aceptado universalmente: hay ocasiones en las cuales se veda desde la propia ley o desde la doctrina autoral la facultad de todo juez de hacer un control oficioso de constitucionalidad.

Y así, el tema se ha colocado entre los más controvertidos en la discusión jurídica contemporánea originándose a raíz de ella tres sistemas de control de constitucionalidad:

a) el que lo otorga a un *órgano político*. Por ejemplo, la asamblea de la Revolución Francesa, el Cuerpo de Censores preconizado por Franklin para el Estado de Pennsylvania, la Constitución Francesa de 1852 y, en general, todos los ordenamientos constitucionales en los cuales la Constitución es dictada por el mismo cuerpo que sanciona la ley de reforma;

b) el que lo otorga a un *tribunal único con competencia excluyente* sobre la materia. Por ejemplo, casos de Paraguay y Bolivia, y

c) el que lo otorga *a todos y cada uno de los jueces*. Por ejemplo, casos de la Argentina, México, etc.

Especialmente en el sistema argentino –donde más debate existe sobre el tema– la jurisprudencia mayoritaria hizo depender el control de constitucionalidad, y por muchos años, al *pedido expreso de parte interesada*, con lo cual se negó toda suerte de control oficioso por el juez (recién en 2004 la CSJN admitió la declaración oficiosa de inconstitucionalidad; autos *Banco Comercial de Finanzas s/ quiebra*, 19.08.2004).

De esta particular concepción, Bidart Campos derivó dos importantes e inteligentes conclusiones: si el control de constitucionalidad depende sólo de la voluntad de las partes, resulta que no pedir la declaración de inconstitucionalidad significa una clara renuncia del sistema y si las partes pueden renunciar a la supremacía de la CN, todo el régimen jurídico que ella genera no es de orden público, con lo cual de nada sirven las libertades y garantías individuales que el constituyente declaró inviolables.

De ahí que, en esencia, una Constitución no es otra cosa que un *pacto de convivencia social* entre gobernantes y gobernados que se ha adoptado con clara libertad de elección; por ello, debe presumirse que es *racionalmente justa* y, por ende, toda norma inferior –abstracta cual la ley o concreta cual la sentencia– debe ser fiel reflejo de esa justicia.

A partir de estas ideas, he sostenido en el pasado que "el juez no puede apartarse de ella; y si lo hace, debe volverse al cauce natural pensado y querido por el constituyente. Y así, el juez se convierte en *guardián de la Constitución* (ley suprema) y no del simple texto de una ley que repugna a ella".

Abundando en el tema, añadí que "Como consecuencia de esto, puede apreciarse que la esencia de la función judicial en la heterocomposición de los litigios no estriba pura y simplemente en aplicar la ley sino en lograr como *fin* el imperio del valor *justicia*, empleando como *medio* un instrumento técnico: la *ley*. Si se acepta esto, el control oficioso de constitucionalidad fluye como consecuencia inevitable de la función judicial así definida, toda vez que es al juez y no a las partes a quien incumbe seleccionar el medio que empleará (*su* medio), escogiendo de entre las diversas normas posibles aquella que por fuerza debe preferirse; en otras palabras, ateniéndose a la Constitución –*suprema lex*– cuando con ella no se concilian normas inferiores ordinarias. Pero, además, porque si la Constitución es el plan de justa convivencia social y erige el principio de justicia como un axioma del sistema, es inconcebible dejar librada a la voluntad de las partes la posibilidad de que tal principio se conquiste o se pierda según que ellas quieran o no articular la impugnación de inconstitucionalidad. Y resulta difícil de entender que no se admita a los particulares la renuncia general de las leyes (por ejemplo, norma contenida en el CC, 19[7]) y que, paradójicamente, se permita la renuncia de la esencia misma del sistema, dejando así al juez, y por siempre, en situación de extraño al cumplimiento de su misión".

En definitiva, concluía al tiempo de sostener todo lo aquí explicado que "la tesis contraria a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad entrega a las partes nada menos que la posibilidad de que opere o no el pleno imperio del orden jurídico en sus bases primordiales. Mayor absurdo no puede pedirse...".

Estas ideas ya parecen ser mayoritarias en la Argentina de hoy. Y precisamente por eso es que hay quienes mucho han abusado de ellas, generando nuevo y diferente problema: gracias a lo que he mencionado como *decisionismo judicial*, muchos jueces se han excedido en sus funciones logrando crear enorme malestar en muchos sectores no precisamente políticos[8].

Y esto ha puesto nuevamente en el tapete el tema relativo al control difuso de constitucionalidad: ahora hay quienes desean una drástica reforma que unifique en un solo tribunal la tarea de ejercitar ese control (cual ocurre en el Paraguay)

---

7 CC, 19 dice: "La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia".

8 Todo este tema lo he criticado largamente en mi *El debido proceso de la garantía constitucional*, Ed. Zeus, Rosario, Argentina, 2003, y en mi *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2005.

a fin de salir pronto de esta situación de *decisionismo* que ha hecho auténticamente imprevisible la actuación judicial en el país.

Yendo más allá todavía, empieza a sostenerse –y creo que con buen criterio– que todo lo recién argumentado sirve exclusivamente para cualquier litigio en el cual se discuta materia no transigible (asuntos penales, de familia, de menores, etc.).

Por tal razón, y dadas como están las cosas, la tónica actual pasa por otro carril: la declaración de inconstitucionalidad debe pender sólo de instancia de parte –y, por ende, debe evitarse toda actuación oficiosa del juez– *cuando se litiga a base de derechos transigibles* pues, en tales casos, debe ser soberana la actuación de las partes.

El genérico *deber de fallar* explicado hasta aquí se complementa con otros deberes que no le van a la zaga en importancia.

Ellos son:

a) *decidir los litigios en el orden en el cual fueron quedando conclusos para sentencia*

La obviedad del concepto evita toda explicación sobre el tema (SFE carece de norma expresa en tal sentido, que existe en CPCN, 34, 2°);

b) *resolver dentro de los plazos acordados al efecto por la ley*

Todas las normativas procesales vigentes establecen expresamente el plazo que tiene el juez para sentenciar cada litigio en orden al tipo procedimental adoptado (en *primera instancia*, juicio ordinario: 30 días, art. 407; juicio sumario: 10 días, art. 412; juicio sumarísimo: 5 días, art. 413, 7°; juicio ejecutivo: 10 días, art. 480; juicio oral, 5 días, art. 560, 6°; juicio de desalojo, 3 días, art. 523; *en segunda instancia*, 45 días en el modo libre, arts. 372 y 374; 15 o 20 días en el modo en relación, arts. 380 y 381; 20 días en la apelación extraordinaria, art. 569).

> En SFE, la CP consagra el deber de fallar en los plazos legales y eleva el incumplimiento reiterado e injustificado a causal de remoción en el cargo (art. 96).
>
> Además de los plazos antes consignados, el CPC prevé otros: el día en que el pedido fuere puesto a despacho, para las providencias simples (art. 105); 5 días, para autos interlocutorios (art. 105); en el plazo señalado en el compromiso o en el previsto legalmente, para el laudo del juicio arbitral (art. 430); 3 días, para sentencia en el juicio ejecutivo en el que no se hubieran deducido excepciones (art. 474); 10 días, para declaratoria de herederos (art. 593).

Para respetar las reglas de economía y celeridad y recordando una vez más que justicia tardía no es justicia, el deber es de cumplimiento irrestricto, razón

por la cual las mismas normativas legislan otras instancias para ser ejercitadas por las partes cuando ello no ocurre (art. 109 y ss.);

c) *declarar la no justiciabilidad del caso*

Liminarmente o en el momento en el cual ello se advierta: a tal fin debe tenerse en cuenta lo explicado al comienzo de este mismo punto (art. 2);

d) *calificar la relación jurídica litigiosa* de acuerdo con la regla procesal *iura novit curiæ* (art. 243);

e) *emitir pronunciamiento sólo sobre lo que fue objeto de petición por las partes,* de acuerdo con la regla procesal de *congruencia* (art. 243);

f) *fundar adecuadamente la decisión que heterocompone el litigio.*

Este deber se halla consagrado en forma expresa en diversas constituciones (CP, 95) y en todas las leyes procesales del continente que no adoptan la institución del *jurado.*

Y su cumplimiento exige que toda sentencia sea *motivada* con la construcción de un razonamiento lógico suficiente para que un hombre sensato pueda saber con certeza por qué el juez falló en el sentido en que lo hizo y no en otro.

La notable importancia que tiene este deber en el mundo contemporáneo fue desconocida en el pasado;

g) *declarar la temeridad o malicia de las partes o abogados* cuando han desnaturalizado la idea lógica de proceso con respecto a sus principios (art. 24);

h) *aclarar la resolución* cuando ella contiene errores materiales o algún concepto oscuro u omisión de tratamiento de algún punto litigioso (art. 248). Volveré sobre este tema en la Lección 27.

Un rápido repaso de cualquier legislación vigente revela la existencia de otros deberes cuya explicación excedería los limites de esta obra.

A solo título de ejemplo, menciono los deberes de imponer costas (art. 251), de regular honorarios a los profesionales intervinientes (arts. 255 y 257), de examinar la apertura de la alzada (art. 355), etc.

1.1.6.4. EL DEBER JUDICIAL DE EJECUCIÓN

El deber de ejecutar lo resuelto –si es que las partes no han cumplido el mandato judicial– constituye una simple consecuencia del deber de fallar en función de la razón de ser del proceso.

Se trata, en suma, de recomponer la paz social alterada por la existencia del conflicto que derivó en proceso (volveré sobre el tema en la Lección 26).

1.1.7. LAS FACULTADES DE LOS JUECES

Ya he dicho en # 1.1.6. que se entiende por *facultad* la aptitud, poder o derecho que tiene un juez para hacer alguna cosa u obrar en un sentido determinado a fin de lograr un mejor desempeño de la función.

Así concebida, la *facultad* presenta una clara diferencia con el *deber:* en tanto en éste no hay libre determinación del juez para obrar o no, toda vez que la ley establece imperativamente su actuación, en aquélla la ley sólo se concreta a posibilitar la realización de una conducta cuyo efectivo ejercicio depende exclusivamente del querer del juez (y no del legislador).

A base de este concepto, todos los códigos procesales acuerdan mayores o menores facultades a los jueces.

La contingencia de la materia hace que sólo quepa referir en esta obra una simple enunciación de las generalmente legisladas.

Como siempre, el lector curioso tendrá que ocurrir a la ley respectiva para ver cómo opera el sistema en un lugar y tiempo dados.

Conforme a la finalidad que se pretende lograr con el ejercicio de las distintas facultades conferidas a los jueces, éstas pueden ser clasificadas en *ordenatorias, conminatorias, sancionatorias* y *decisorias.*

Las trataré seguidamente por separado.

1.1.7.1. LAS FACULTADES ORDENATORIAS

Se vinculan estrechamente con los deberes de dirección y, en forma más específica, tienden a que el juez pueda lograr una clara eficiencia funcional en la conexión de las instancias de las partes.

Un criterio útil para subclasificar a este módulo ordenador, relaciona tales facultades con el *proceso en sí mismo,* con los *sujetos intervinientes* y con el *litigio operado en el proceso.*

En orden a su generalizada aceptación a nivel legislativo y a título enunciativo, son:

1) *En cuanto al proceso en sí mismo:*

a) tomar medidas tendientes a evitar la paralización del curso de la serie procedimental (art. 21);

b) habilitar días y horas inhábiles cuando esto sea necesario (art. 55);

c) suspender o interrumpir plazos[9] (art. 71);

d) comisionar despachos (a este efecto, el juez *comitente* libra *exhortos* y *oficios* al juez *comisionado*) (art. 93 y ss.);

e) designar días para efectuar notificaciones automáticas (art. 61);

f) ordenar que sean notificados personalmente o por cédula algunas decisiones que deben serlo en forma automática conforme al texto de la ley (art. 62, 8°);

g) designar y admitir un número menor de peritos que el exigido por la ley (art. 186);

h) determinar la privacidad de una audiencia (arts. 90 y 555);

i) determinar el lugar en el cual se hará una subasta (art. 493); etc.

2) *En cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso*

La mayoría de las legislaciones vigentes acepta la enunciación de las siguientes facultades:

a) exigir la comprobación documental de la identidad personal de los comparecientes al proceso (art. 23);

b) disponer la comparecencia personal de las partes para intentar conciliación o requerir explicaciones (art. 19);

c) disponer la comparecencia personal de testigos, peritos y terceros cuantas veces el juez lo considere necesario (art. 21);

---

9 Interesa aquí explicar el significado de ambos vocablos atendiendo a que la doctrina jurisprudencial los confunde en numerosas ocasiones.
La *interrupción* importa la fulminación del período ya transcurrido y la necesidad de conceder un nuevo plazo en reemplazo del interrumpido, cualquiera haya sido el momento de su curso en el cual se decretó la interrupción. Implica, por tanto, la no iniciación del plazo.
La *suspensión,* al contrario, supone la no fulminación del período ya transcurrido; de modo que cuando se la decreta y luego se ordena la continuación del plazo suspendido, no debe correr íntegramente de nuevo, sino que es menester descontar los días ya cumplidos con anterioridad.
Un ejemplo ayudará a comprender mejor la diferencia apuntada: supóngase que el juez ordena correr traslado de la demanda al demandado por el plazo de diez días; al quinto, y por razones que no son del caso investigar ahora, *interrumpe* dicho plazo. Cuando decide renovarlo habrá de conferir nuevamente traslado por diez días.
En cambio si en el mismo supuesto *suspende* el plazo ya corrido al quinto día y luego lo renueva, correrá ahora por los cinco días que al momento de la suspensión estaban faltando para completar el total de diez.
Esta facultad otorga al juez, por tanto, la posibilidad de lograr distintos efectos según sea el instituto que adopte en cada caso concreto.

d) unificar personerías (art. 132); etc.

3) *En cuanto al litigio*

La facultad judicial que se halla generalizadamente aceptada por los diversos códigos es la de *ordenar la realización de toda diligencia necesaria para establecer la verdad real al respecto de los hechos litigiosos* (art. 21) (ya me he referido al tema al exponer esta facultad como deber en # 1.6.3.1. en esta misma Lección y, particularmente, igual tema en la Lección 19).

1.1.7.2. LAS FACULTADES CONMINATORIAS

Están aceptadas en muchos códigos –que no en todos– como natural consecuencia de la aceptación del deber judicial de ejecutar lo decidido en la sentencia respecto del litigio.

Y es que de nada valdría la sustitución intelectiva que efectúa un juez para heterocomponer un litigio si el derecho declarado quedare líricamente estampado en una hoja de papel sin posibilidad alguna de coaccionar su cumplimiento por el deudor renuente.

En general, las leyes procesales establecen concreta y expresamente cuál es la vía procedimental idónea para lograr la ejecución de una sentencia de contenido declarativo.

Por ejemplo:

a) si se trata de una condena por *obligación de dar cantidad de dinero,* el mandato judicial se ejecuta por medio de un nuevo proceso que se conoce casi universalmente con la denominación de *juicio de apremio* o *de ejecución de sentencia* (art. 262, 1° y 2° párrafos);

b) si se trata de *obligación de dar o de restituir cosa cierta y determinada* (mueble o inmueble), la respectiva condena se ejecuta librando el juez un *mandamiento* para desapoderar del bien mueble al deudor o para obtener su *lanzamiento* en caso de inmueble (art. 262, 3° párrafo);

c) si se trata de una *obligación de hacer* alguna cosa y ésta puede ser realizada por un tercero, se ordena la ejecución por él a costa del deudor o, a elección del actor, se obliga al deudor a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución (art. 264);

d) pero si se trata de *obligación de hacer* alguna cosa que no puede ser suplida por tercero, y el acreedor no quiere resolver la obligación en resarcimiento de daños y perjuicios, no queda otra vía que arbitrar una suerte de conminación al deudor para que cumpla en especie lo adeudado (piénsese, por ejemplo, en el contrato con célebre pintor para que efectúe un retrato y que luego pretende desconocer la obligación asumida o, también, en el cumplimiento de un régimen de visitas de menores, etc.) (art. 263);

e) algo similar ocurre con la *obligación de no hacer* alguna cosa: si el deudor la quebranta, el acreedor tiene opción para pedir que se repongan las cosas al estado en el cual se hallaban, a costa del deudor y siempre que fuere posible. Pero si no lo es, no queda otra alternativa que el resarcimiento o la conminación.

Esta *necesidad de conminar* ha generado el instituto de la *constricción* (o *astreintes),* mediante el cual el juez está facultado para imponer una sanción *pecuniaria compulsiva y progresiva* tendiente a lograr que, en algún momento, el incumplidor acate el mandato judicial.

Como puede notarse, la idea fundamental que preside la esencia del instituto tiene por finalidad última la de transformar una obligación *incoercible* –cual es la de *hacer*– por otra *coercible:* la de *dar suma de dinero,* a efecto siempre de lograr el acatamiento del mandato judicial.

Dos aclaraciones deben ser hechas en este momento: la primera es que, por defecto legislativo las más de las veces, abundante jurisprudencia se inclina por aceptar la vigencia de este instituto respecto de *todo tipo de obligaciones* en lugar de circunscribirla exclusivamente a las de *hacer y no hacer,* con olvido de que todas las demás son coercibles, y por tanto, las leyes procesales regulan minuciosamente el modo de efectuar la coacción: desapoderamiento, lanzamiento, ejecución por tercero, resarcimiento del daño causado, etc.

A mi juicio, se trata de una extensión indebida del instituto que luego genera innumerables problemas, como puede verse con facilidad en todas las sentencias sobre el tema que están registradas en cualquier repertorio jurisprudencial.

La segunda aclaración se refiere a la *progresividad* de la sanción conminatoria: no se trata aquí de imponer una simple multa por el incumplimiento sino de lograr el cumplimiento de la obligación.

De ahí que la multa no debe ser *acumulativa* (como lo señala importante doctrina en la Argentina, donde casi todos los códigos prevén la vigencia del instituto) –que puede quedar en puro lirismo en una economía altamente inflacionaria– sino que debe ser *progresiva* en orden a que no exista fortuna que pueda soportar su pago.

A este efecto, el juez debe partir de una unidad cualquiera y, en progresión geométrica, doblarla cada tanto tiempo (un día, una semana, un mes, etc.): si el deudor es solvente cumplirá la obligación adeudada pues llegará un momento en el cual comprometerá todo su patrimonio.

Conozco a algunos jueces que se niegan sistemáticamente a interpretar la conminación del deudor en la forma antes expuesta, so pretexto de que resultaría demasiado onerosa para él.

Y ello es absurdo pues esto es, precisamente, lo que se intenta con la vigencia del instituto, usado como medio para lograr por vía indirecta el total acatamiento a la sentencia que condenaba al cumplimiento de una obligación de hacer (no suplible por tercero) y de no hacer.

1.1.7.3. LAS FACULTADES SANCIONATORIAS

Estas facultades se hallan estrechamente vinculadas con los deberes procesales de dirección relacionados con el cuidado del orden y el decoro en los juicios.

Como es obvio, a partir de ello el director del debate tiene que contar con facultades suficientes para calificar la artería y sancionar a quien se aparta del fiel cumplimiento de la regla moral que debe presidir sí o sí a todo proceso.

Y así es que todos los códigos o leyes que organizan el Poder Judicial autorizan un amplio elenco de sanciones adecuadas para la vasta gama de inconductas que las partes o sus defensores pueden adoptar en un proceso.

Las actitudes sancionables pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: las que *obstruyen el curso normal del proceso* y las que *pecan por exceso de lenguaje* en los escritos o audiencias.

El régimen sancionatorio es altamente contingente en las diferentes legislaciones.

Tratando de hacer un inventario enunciativo de las principales sanciones que adoptan los códigos o leyes orgánicas, pueden registrarse:

1) en cuanto al primer grupo, la *prevención,* el *apercibimiento,* la *privación de honorarios,* la *imposición de multas,* el *arresto,* la *suspensión* y la *cancelación de la matrícula*;

2) en cuanto al segundo grupo, la *testación de frases*, la *devolución de escritos,* el *llamado a la cuestión en las audiencias* y la *expulsión* de éstas.

Para todo ver art. 22 y LOPJ, 223.

1.1.7.4. LAS FACULTADES DECISORIAS

Generalmente vinculadas con el deber de fallar, son las que conceden los ordenamientos legales para que el juez pueda lograr una adecuada heterocomposición del litigio.

Las más conocidas en las leyes procesales son: a) la facultad de dejar sin efecto (revocar) sus resoluciones (conforme a ciertos requisitos de indubitable vigencia) (arts. 21 y 49); b) la de apartarse, aunque fundadamente, del dictamen pericial (art. 199) y c) la de establecer el monto de los daños y perjuicios cuando se ha acreditado la obligación de resarcir pero no su *quantum* (art. 245 y 246).

1.1.8. LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES

Como natural consecuencia de sus caracteres de *independiente* e *inamovible,* en el cumplimiento de su función todo juez está sujeto a una cuádruple responsabilidad: *disciplinaria, política, penal* y *civil.*

1) Le cabe *responsabilidad disciplinaria* de naturaleza administrativa en cuanto forma parte de un Poder que opera jerárquicamente y en orden a mantener incólume el régimen orgánico de incompatibilidades y el que regula sus actividades de procesar y sentenciar (v. LOPJ, 222 y ss.).

De ahí que los jueces inferiores sean *sancionables* por los superiores en caso de infringir las normas que establecen las incompatibilidades (ver # 1.1.4. en esta Lección) o de ausentarse injustificadamente del lugar de cumplimiento de la función, o de no asistir al despacho con la frecuencia y dentro del horario que indican las normas de gobierno del Poder o de abandono o retraso injustificado en el desempeño de la actividad judicial, etc.

Las sanciones que puede sufrir un juez son variables en los distintos ordenamientos y van desde la simple prevención hasta la suspensión temporal.

La reiteración de actitudes sancionables puede generar en muchos casos su remoción, para lo cual debe ser enjuiciado al efecto.

Y esto genera la siguiente categoría.

2) Le cabe también *responsabilidad política* cuando el juez comete grave falta que lesiona su investidura (aceptar dádivas, reiteración de actitudes sancionables en el régimen disciplinario, etc.) o delito del derecho penal o exhibe desconocimiento manifiesto del Derecho, etc. En tales casos puede ser removido del cargo.

Para este supuesto, también mencionado en el párrafo anterior, es requisito imprescindible que el juez sea sometido a juzgamiento por un órgano político (de allí la denominación de *juicio político)* que habitualmente es el Senado o la Asamblea Legislativa o un tribunal *ad hoc* que se conoce como Jurado (o *Jury*) de Enjuiciamiento y cuya función consiste en absolver, destituir o desaforar al juez (CP, 91 y Lp. 7050, reformada por Lp 12949).

Hasta que esto último no ocurra el juez sigue manteniendo su derecho a la inamovilidad y su inmunidad en materia penal.

3) Le cabe también *responsabilidad penal* por la comisión de delitos comunes o con motivo del ejercicio del cargo (por ejemplo, cohecho, enriquecimiento ilícito, prevaricato y denegación y retardo de justicia, etc.).

Pero como mientras permanezca en el cargo no puede ser detenido ni sujeto a proceso penal, es necesario su *desafuero* (pérdida del derecho a la inamovilidad) por decisión emanada de la autoridad que tiene competencia para su juzgamiento político.

4) Por último, le cabe *responsabilidad civil* por todo daño y perjuicio que pueda ocasionar en el desempeño de la función.

En muchas constituciones y leyes orgánicas, este tipo de responsabilidad es directamente operativa y, por ende, el juez puede ser demandado sin el cumplimiento previo de ningún requisito.

Otros ordenamientos guardan silencio al respecto, y en ellos se ha instaurado una fuerte corriente jurisprudencial creadora de una especie de *bill* de indemnidad para el juez: exige previo desafuero por el tribunal político para ser pasible de responsabilidad civil. Lo cual nada tiene que ver con la idea de República.

Cabe acotar, finalmente, que este desafuero no se exige cuando el juez es demandable civilmente por acto que no fue cometido en ejercicio propio de la función.

1.2. EL ÁRBITRO

1.2.1. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE

Entre los posibles *juzgadores* mencionados en esta Lección está el *particular* (no funcionario del Estado) conocido genéricamente con la denominación de *árbitro* y que tiene como misión heterocomponer privadamente un litigio (ver la Lección 1, # 2) en tarea cuya importancia y notable desarrollo en el mundo contemporáneo remarqué en la Lección 6.

Para la mejor comprensión del tema, es menester recordar previamente que el *arbitraje* (o el *arbitramento)* es un modo de heterocomposición de litigios que opera como *resultado* respecto de ellos y al cual se llega sólo si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, por la cual aceptan plantear su litigio al árbitro (o al arbitrador) y, eventualmente, acatar su decisión.

De tal modo, el arbitraje implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta innegables ventajas respecto del proceso judicial:

- generalmente, las exposiciones de las partes se hacen en forma verbal y sin formalismos anacrónicos,
- no exige el aparato de una burocracia que demanda documentación y acreditamiento de cada acto,
- la comunicación entre partes y juzgador es siempre directa (lo cual produce la inmediata adquisición de las pretensiones y de los medios utilizados para confirmar su validez y eficiencia),
- no es tan oneroso ni dilatado en su duración,
- facilita interrogatorios, aclaraciones, revisiones de cosas y documentos,
- se realiza a puertas cerradas y sin acceso de público (lo que permite hablar con toda confianza, llanamente y sin protocolo y con cordialidad pues, ante todo, se desea mantener la relación comercial que provocó la desinteligencia contractual), etc.

1.2.1.1. LAS CLASES DE ARBITRAJE

Aunque intrínsecamente la tarea arbitral –acto de juicio– es una sola, se acepta por tradición que puede adoptar dos formas diferentes, según que el tercero a quien se confía la resolución del litigio actúe sujetándose o no a normas jurídicas y, así, se distingue entre:

1) *arbitrador* (también llamado algunas veces *amigable componedor* o *árbitro de hecho)*

Recibe esta denominación el tercero particular que adopta su decisión sobre la base exclusiva de la *equidad* y *según su leal saber y entender*, sin que deba ajustarse a una determinada normativa (que incluso puede ser ignorada) y, las más de las veces, sin necesidad de tener que fundar su pronunciamiento.

Como se ve, se trata de un juzgador en *conciencia,* a verdad sabida y buena fe guardada, que cumple tarea similar a la de los miembros de un *jurado.*

Lo que pertenece o depende del arbitrador recibe el nombre de *arbitratorio* y, de tal modo, su pronunciamiento suele llamarse *sentencia o laudo arbitratorio,* para distinguirla de la del árbitro, que se dice *arbitraria.* La voz *arbitral* se usa para denominar a ambos indistintamente;

2) *árbitro* (o *árbitro de derecho*)

Esta denominación proviene de la circunstancia de que su nombramiento deriva del *arbitrio* de las partes o de que en sus manos y *albedrío* ponen los interesados la solución del negocio sobre el cual disputan.

Su actuación se distingue del caso anteriormente citado en tanto el árbitro debe proceder y decidir con arreglo a las leyes, del mismo modo que lo hacen los jueces ordinarios (aunque, como luego se verá, con importante facultad: pueden mitigar su excesivo rigorismo).

1.2.1.2. EL ORIGEN DEL ARBITRAJE

Tanto el arbitraje como el arbitramento pueden hallar dos posibles orígenes:

1) en la *ley* vigente, cuando su texto dispone que el litigio sea *necesariamente* llevado a una heterocomposición privada.

El supuesto se conoce con el nombre de *arbitraje forzoso* y en la Argentina se ven algunos casos –con diferentes denominaciones– en el CC, 1349 y 2621; en el CCom, 128, 476, 491, y los hoy derogados CCom, 1073, 1324, 1327, etc., y en alguna ley procesal, cuando se trata de pleito de contenido patrimonial entre parientes en ciertos grados de consanguinidad o afinidad o cuando el litigio versa acerca de cuentas de difícil comprobación (art. 417), etc.

En todos estos casos, y salvo que la totalidad de los interesados acepte ocurrir al proceso judicial, cuando le toca actuar a un juez de derecho por la vía del arbitraje, debe hacerlo conforme con el procedimiento establecido al efecto por la ley o por los propios litigantes (bueno es recordar que las legislaciones son contingentes respecto de la posibilidad de designar como árbitro a un juez de derecho: algunos lo prohiben (CPCN, 765) y otros lo aceptan expresamente (art. 420);

2) en el *acuerdo de los propios interesados* cuando, tratándose de intereses patrimoniales los que se hallan en discusión, ellos mismos disponen someter su diferendo a la decisión arbitral.

El caso supone la existencia de una convención que puede efectuarse *antes* o *después* de haberse generado el conflicto en el plano de la realidad social.

a) En el primer supuesto (*antes del conflicto*), al celebrar cualquier contrato de objeto transigible, las partes prevén el arbitraje para el hipotético futuro caso de entrar en conflicto.

A tal efecto, convienen una cláusula *ad-hoc* que recibe el nombre de *cláusula compromisoria,* cuya existencia torna *forzoso* el arbitraje, salvo que nuevo acuerdo de las propias partes establezca lo contrario.

Atendiendo a la importancia del contenido de esta cláusula, la doctrina generalizada admite sin restricciones que debe ser analizada con total autonomía respecto del contrato madre que la contiene; de tal modo, si se plantea la nulidad de éste, la cláusula compromisoria no resulta atacada por la pretensión nulificante y, por ende, permanece inalterable.

De allí que *siempre* corresponda al propio árbitro resolver acerca de su validez con total independencia de los vicios que pudieren encontrarse en el contrato principal.

En esta hipótesis puede ocurrir que, al pactar la cláusula, los interesados se concreten a *prometer someterse a arbitraje* o, como acaece a menudo y yendo más allá, *convengan ya mismo* todas o algunas de las siguientes circunstancias: nombre del árbitro y, eventualmente, el de su sustituto; sede y lengua o idioma del arbitraje; procedimiento integralmente concebido; plazo para laudar y extensión del laudo, así como la facultad que se otorga al árbitro para hacerlo (las partes pueden contentarse con que éste sólo diga que está íntimamente convencido de la justicia de una solución –caso del arbitrador– o exigir que la fundamente para poder tomar conocimiento pleno de las motivaciones de hecho y de derecho que lo llevaron a adoptar determinada decisión y no otra –caso del arbitraje–); impugnaciones que pueden caber eventualmente contra el laudo y recaudos de admisibilidad (depósito previo de dinero, pago de multas, etc.) y, aún más, pueden pactar cómo se hará la ejecución de la hipotética condena a fin de no hacer necesario que el vencedor ocurra ante la justicia pública para lograr allí la coerción de la prestación incumplida.

Cuando la cláusula compromisoria contiene por lo menos la designación del árbitro y se desencadena el conflicto en el plano de la realidad social, al pretendiente le cabe presentarse ante el propio árbitro *y sólo ante él*, ya que todo otro órgano será incompetente al efecto, a fin de que se constituya como tal y proceda en consecuencia.

Por lo contrario, cuando la cláusula se concreta a prometer el arbitraje pero aparece desnuda de todo otro contenido, el pretendiente debe ocurrir ante un juez para que él designe al árbitro previa audiencia de la contraparte.

2.2) En el segundo supuesto –no se pactó la cláusula compromisoria en el contrato que, a la postre, resulta incumplido– después de desencadenado el conflicto las partes convienen el sometimiento a arbitraje.

A tal fin deben acordar el *compromiso arbitral* formalizándolo por escrito (en escritura pública o documento privado o en acta extendida ante el juez de la causa si la decisión de privatizar el litigio ocurre luego de promovida la demanda judicial).

Efectuado el compromiso arbitral y aceptado el cargo por el árbitro, puede él dar comienzo al proceso en la forma pactada o conforme a los procedimientos establecidos al efecto en cada ley procesal.

El arbitraje de derecho, voluntario o forzoso, ostenta habitualmente una particular característica que constituye una diferencia más con el proceso judicial: se resuelve siempre *ex æquo et bonus*, moderando según las circunstancias el rigor de las leyes y dando a los medios de confirmación una eficacia mayor o menor que la que les corresponde por derecho.

De tal modo, y en esencia, el litigio se decide siempre en *equidad*. Y ello, en orden a la búsqueda y vigencia del valor justicia, parece extraordinariamente positivo.

Por eso es que muchas leyes procesales establecen el arbitraje forzoso para todo pleito patrimonial entre parientes cercanos y los que versan acerca de cuentas de difícil justificación (art. 417).

1.2.1.3. LOS LITIGIOS SOMETIBLES A ARBITRAJE

En general, puede someterse a este tipo de solución toda clase de derechos en conflicto, cualquiera que sea su especie y naturaleza y aunque esté subordinado a condición, incluso cuando ya hay pleito pendiente sobre el mismo litigio en sede judicial y aunque se haya emitido sentencia con la autoridad y efecto del caso juzgado (algunas escasas legislaciones vedan esta última posibilidad).

Por lo contrario, no puede someterse a arbitraje:

1) toda pretensión de *naturaleza penal*, en cuanto a la pena que cabe imponer por el delito imputado (pero sí respecto de la pretensión civil indemnizatoria del daño causado por tal delito);

2) toda cuestión que versa sobre *validez o nulidad de matrimonio* (algunas legislaciones autorizan la transacción al respecto cuando es a favor de la validez);

3) toda cuestión que versa sobre *cosa que está fuera de comercio* y todo derecho que *no es susceptible de ser materia de convención* (CC, 843);

4) toda cuestión relativa a la *patria potestad*, o a la *autoridad de la madre* (cuando la patria potestad no es compartida) o sobre el propio *estado de familia* o sobre el *derecho de reclamar el estado que corresponda a las personas, por filiación legítima o natural*;

5) en muchas legislaciones, los *derechos eventuales a una sucesión ni la sucesión de una persona viva*;

6) en escasísimos ordenamientos positivos, finalmente, se dispone la *prohibición al Estado* de someterse al arbitraje (CPC de MEN, 295).

1.2.1.4. LOS SUJETOS QUE PUEDEN PROMOVER EL ARBITRAJE

También en general, pueden promover el juicio de árbitros o arbitradores todas las personas que tienen capacidad civil para contratar. Excepcionalmente en algunas pocas legislaciones, quienes tienen capacidad civil para transigir.

1.2.1.5. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Ya se ha visto precedentemente que las partes pueden convenir libremente el desarrollo de toda la serie procedimental.

Por lo tanto, habiendo pacto al respecto, debe estarse a su contenido. Caso de no haber convenio acerca del procedimiento a seguir, cabe aplicar supletoriamente el del juicio arbitral, toda vez que la actuación del árbitro debe ajustarse a normas de derecho.

El pacto de las partes puede ser todo lo amplio que se quiera: de consiguiente, es posible que se incluyan previsiones sobre plazos, forma y lugar de las presentaciones y de los medios de confirmación, el método para su evaluación, etc.

Insisto particularmente en lo expuesto, pues ninguna objeción cabe hacer sobre el tema: si tratándose de un derecho patrimonial litigioso, las partes pueden renunciar válidamente a *lo más* (renuncias unilaterales o bilaterales acerca de tal derecho) es obvio que también pueden hacer *lo menos* (pactar en cuanto a cómo habrá de discutirse acerca de ese mismo derecho litigioso).

Finalmente: en lo que toca al arbitrador, debe recordarse que no está sujeto a regla alguna. Puede hacer al respecto lo que crea mejor y más conveniente.

1.2.1.6. LA RESOLUCIÓN DEL ARBITRAJE

Tanto el arbitrador como el árbitro deben emitir pronunciamiento acerca de la cuestión litigiosa luego de terminado el proceso.

A mi juicio, se requiere que el segundo lo haga por escrito a fin de que las partes puedan conocer cabalmente las razones que lo llevaron a decidir en tal o cual forma y, eventualmente –salvo pacto en contrario– a deducir las impugnaciones que correspondan.

El pronunciamiento, que se conoce con el nombre de *laudo* (arbitrario o arbitratorio), deber ser notificado a las partes, quienes pueden impugnarlo dentro del plazo pactado o establecido al efecto en la ley procesal supletoria.

Se acepta unánimemente por la doctrina –y por alguna legislación– que el compromiso lleva aneja la renuncia anticipada del derecho de apelar, mediante el cual se intentará demostrar la injusticia de la decisión atacada.

Y ello es enteramente razonable pues la doble instancia de conocimiento no constituye en parte alguna una garantía constitucional de necesario tránsito o imprescindible cumplimiento y las partes, así, pueden conformarse íntegramente con la justicia del laudo.

Por lo contrario, generalmente no se acepta la renuncia de la impugnación de nulidad en cualquiera de sus modalidades, mediante la cual puede atacarse el laudo por ilegítimo, no por injusto.

Va de suyo que a este tema escapa por completo el laudo arbitratorio, a cuyo respecto jamás cabe impugnación alguna.

1.2.1.7. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Se ha visto precedentemente que es habitual el pacto de las partes –tanto en la cláusula compromisoria como en el compromiso arbitral– acerca de la forma en la cual ha de ejecutarse lo dispuesto en el laudo (por ejemplo, es conveniente que antes de comenzar el proceso arbitral se efectúe un depósito en dinero a nombre del árbitro para que él lo disponga luego de consentido el laudo).

Sin embargo, no siempre se pacta al respecto, por imposibilidad o por imprevisibilidad de las partes.

En estos supuestos cabe recordar una vez más que el árbitro carece *siempre* de toda facultad para ejecutar lo decidido en su laudo, debiendo derivar tal tarea al juez de derecho que habría debido conocer en primer grado del litigio si este no hubiera sido sometido a arbitraje.

En este caso se procede por la vía legislada para la ejecución de sentencia nacional o extranjera, según el origen del arbitraje.

1.2.2. EL CONCEPTO DE ÁRBITRO

Conforme se desprende de lo expuesto precedentemente, esta posible figura del sujeto juzgador es siempre un particular o una autoridad que no actúa en carácter de tal, libremente elegido por acuerdo de partes para procesar y sentenciar un litigio, cuando ello es posible en orden a la disponibilidad del derecho en controversia.

Acerca de las diferencias existentes entre los conceptos de *juez* y de *árbitro* ver # 1.1.1. de esta Lección, esquematizadas en el cuadro que inserto seguidamente:

JUEZ	ÁRBITRO
1. Es funcionario estatal	No es funcionario estatal
2. Integra el Poder Judicial	No integra el Poder Judicial
3. Su designación es permanente	Su designación es transitoria
4. Su designación es anterior al hecho que motiva el proceso	Su designación es posterior al hecho que motiva el proceso
5. Es inamovible en su cargo	Puede ser removido de su cargo
6. Es naturalmente sedentario	Es naturalmente itinerante
7. Es técnico en derecho	Puede no ser técnico en derecho
8. Es remunerado por el Estado	Es remunerado por las partes
9. Tiene aptitud para ejecutar	No tiene aptitud para ejecutar

1.2.2.1. LOS REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO

Salvo algunos ordenamientos aislados, la generalidad de las leyes carece de norma que regule las calidades que debe presentar un árbitro (o arbitrador). De allí que, en orden a la función que desempeña, puede decirse que sólo se le exige capacidad civil plena.

En rigor, históricamente no han existido mayores restricciones para ejercer la tarea arbitral y arbitratoria, que sólo toleró vedar la función arbitral a los menores de 14 años y a los dementes, mudos, sordos y ciegos.

Algunas legislaciones muy aisladas prohiben a los jueces de derecho actuar en calidad de árbitros o arbitradores, en tanto que otros expresamente aceptan tal posibilidad.

La razón de esta prohibición es realmente inexplicable y en ciertos ordenamientos (por ejemplo, CPCN, 765) se hace absurda luego de ver cuáles son las excepciones a la norma respectiva.

Y es que aun aceptando la existencia de alguna razón que resulte determinante para el legislador, no pueden ser consideradas conclusivas: adviértase que en todo supuesto arbitral, la garantía de independencia e imparcialidad del árbitro constituye la base misma en la cual se sustenta la confianza de las partes que han acordado en su designación (de ahí que estas calidades se exijan implícitamente al enumerarse los impedimentos de los jueces); y desgraciadamente, no siem-

pre cabe decir lo mismo de los jueces impuestos como tales por la autoridad estatal.

Además, ¿no parece harto razonable que cuando el arbitraje es de derecho, pueda ser precisamente un juez –que no sólo es tercero en la relación litigiosa sino que, aún más, hace profesión de su tal condición– quien esté en mejores condiciones de arbitrar?

La calidad de árbitro o arbitrador se extingue:

1) por acuerdo de partes respecto del sometimiento a arbitraje;

2) por transacción o renuncias unilaterales efectuadas por los interesados acerca del objeto litigioso;

3) por recusación aceptada;

4) por muerte o incapacidad sobreviniente del árbitro o de los compromitentes;

5) por muerte o pérdida de la cosa litigiosa;

6) por el dictado del laudo;

7) por el simple transcurso del plazo establecido para laudar sin que el árbitro o arbitrador haya emitido su pronunciamiento, a no ser que se pacte una prórroga al efecto.

1.2.2.2. LOS DISTINTOS TIPOS DE ÁRBITROS

En general, quien actúa como árbitro es una persona natural que no ostenta el carácter de autoridad (alguna legislación aislada exige expresamente la condición de *naturalidad).*

Cuando se realiza un arbitraje en tales condiciones recibe la denominación de *personal* o *ad-hoc.* Y es lo que ocurre con mayor frecuencia.

Sin embargo, y aun a despecho de las normas limitativas recién expuestas, numerosos países han adoptado otro tipo de arbitraje conocido como *institucional,* estableciendo la facultad de algunos ciertos entes para practicarlo.

Pero la distinción vale pues la responsabilidad del procesar y la autoridad de su resultado recaen sobre la propia institución, que es preferida por los interesados y, en grado sumo, cuando se trata de conflictos internacionales.

Para citar tan sólo algunas instituciones con carácter ejemplificativo, cabe mencionar a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), a la Cámara Nacional de Comercio de México (CANACO), a la

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, etc.

Todos ellos han adquirido tanto prestigio en su actividad que constantemente crece (salvo en Argentina) el número de personas que acuden a sus sedes en procura de solucionar conflictos.

Como lo ha hecho notar buen especialista sobre el tema, el arbitraje institucional ofrece ventajas –e inconvenientes– que no presenta el arbitraje *ad-hoc*: la institución no desaparece y, como tal, difícilmente puede caer en situación de parcialidad en cuanto a las partes; ofrece excelente garantía de gestión eficaz; vigila el procedimiento en todas sus fases; respalda el laudo final con la autoridad y prestigio no sólo del árbitro –que la propia institución designa– sino de ella misma, etc.

Como no puede ser de otra manera, también presenta inconvenientes: es necesariamente más lento que el arbitraje *ad-hoc* y éste posibilita un mayor y más efectivo contacto del árbitro con las partes, máxime cuando ellas lo han designado teniendo en cuenta su propia persona y la confianza que esto significa y despierta en los interesados.

1.2.2.3. LOS DERECHOS DEL ÁRBITRO

Dado el origen contractual de cualquier arbitraje y el carácter de persona privada que ostenta todo árbitro (o arbitrador), su función debe ser retribuida por los interesados: en el caso del arbitraje personal, de acuerdo a lo que se pacte al respecto con el propio árbitro; en el del arbitraje institucional, conforme a una escala regulada por la respectiva institución que se adecua al valor comprometido en el pleito.

1.2.2.4. LAS FACULTADES Y LOS DEBERES DE LOS ÁRBITROS

Tanto el árbitro como el arbitrador tienen, por razones obvias, las mismas facultades de los jueces, salvo aquellas mediante las cuales éstos pueden ejercer coacción (las conocidas como *coertio* y *executio)* sobre personas y cosas.

Por las mismas razones, el arbitrador carece de los *deberes* –excepto los de independencia e imparcialidad– en tanto que el árbitro debe cumplir los mismos que rigen para los jueces.

2. LOS AUXILIARES DEL JUZGADOR

Salvo el caso del árbitro (y del arbitrador), que generalmente actúa solo o con algún apoyo de técnicos, los jueces cumplen su función con diversos auxiliares a los cuales la ley o el propio juez asigna diferentes competencias.

Sin pretender una enunciación taxativa, los auxiliares más generalizados son: el secretario, los oficiales y auxiliares subalternos, los técnicos y los defensores letrados.

2.1. EL SECRETARIO

Es un funcionario del Poder Judicial subordinado jerárquicamente al juez y que se desempeña casi siempre como jefe inmediato del personal auxiliar subalterno del respectivo juzgado o tribunal.

Las funciones que cumplen están contingentemente señaladas en las leyes procesales y orgánicas (v., en general, LOPJ, 174 y ss.) y admiten la siguiente clasificación:

1) *fedatarias* o *notariales*

Se trata de un funcionario que debe actuar independientemente del juez pero al lado de él a fin de dar fe de los actos que se cumplen en su presencia (art. 49 y LOPJ, 163).

Al tiempo de escribir originariamente esta obra, sostuve que se trataba de una función anacrónica. Después de todo lo ocurrido durante los últimos años en la justicia argentina ya en crisis y viendo el elevado número de jueces enjuiciados y destituidos por las más variadas razones, creo que me equivoqué o, al menos, que el tema es opinable.

Por eso es que, reconociendo públicamente el error, afirmo hoy que la presencia del fedatario es realmente imprescindible, al menos como una valla más que ayude a evitar cualquier tipo de inconducta judicial.

Pero adviértase que hablo de un *notario independiente*, no de un secretario que guarde *absoluta subordinación* al magistrado porque, de tal forma, se posibilita lo que pretende evitarse con su presencia;

2) *administrativas*

Comprende las tareas ordenatorias para la formación material del proceso (escrito), entre las cuales puede ejemplificarse con las de custodia de los expedientes judiciales (art. 56 y ss.) y de los documentos presentados por las partes (art. 51), así como con las de su mantenimiento, compaginación y foliación de tales expedientes, control de los documentos que se entregan, libramiento de oficios a nombre del juez (art. 49), etc. (ver, además, LOPJ, 163 y 174);

3) *procesales de dirección*

Comprende la posibilidad de hacer personalmente –con impugnación ante el juez– las conexiones de las instancias de las partes (algunos otorgan a esta competencia la denominación de *decisorias*) (art. 49).

Dentro de este criterio clasificador cabe un sinnúmero de temas que casi todas las leyes o códigos orgánicos o procesales asignan al secretario.

2.2. LOS OFICIALES Y LOS AUXILIARES SUBALTERNOS

Ubicados jerárquicamente por debajo del secretario, las distintas leyes prevén la presencia de otros funcionarios subalternos cuyo número y cantidad de atribuciones difieren en los respectivos ordenamientos. Los principales son:

1) *jefe de despacho*

Es el auxiliar que sigue inmediatamente después del secretario en el orden jerárquico de un tribunal y, sin perjuicio de las tareas de control y vigilancia que ejerce sobre el resto del personal subalterno, coadyuva con los secretarios en la realización de ciertos grados de documentación, custodia de expedientes, certificación de firmas a ruego, autorización de cargos, etc.;

2) *oficial de justicia*

Es el auxiliar cuya misión consiste en ejecutar diversas diligencias ordenadas por el juez, tales como requerir el pago al deudor de una obligación, trabar embargo sobre sus bienes muebles y, llegado el caso, desapoderarlo, hacer efectivo un lanzamiento, efectuar ciertas notificaciones que, por la importancia de sus formalidades, exceden el marco de la competencia del ujier, etc.) (ver LOPJ, 189 y ss.).

3) *ujier* (o notificador)

Es el auxiliar cuya misión consiste en efectuar las citaciones y emplazamientos y, en general, las notificaciones ordenadas por la ley o por el juez (art. 60 y ss.).

Hasta aquí he enunciado sucintamente las principales funciones subalternas debiendo hacer notar ahora que ellas son harto contingentes y que, por tanto, cambian radicalmente entre los distintos ordenamientos.

2.3. LOS TÉCNICOS

En numerosas ocasiones, el litigio operado entre las partes versa sobre aspectos estrictamente técnicos o éstos tienen especial relevancia para su correcta decisión; de ahí que el juez deba conocer en profundidad un cúmulo de materias que exceden el marco cultural y jurídico de su profesión.

Como resulta imposible exigir al juez una clara idoneidad en los más diversos aspectos técnicos, se acepta desde siempre que puedan auxiliarlo diversos *expertos* o *peritos* en las más variadas ciencias y artes que, o bien integran la planta permanente del personal del respectivo tribunal, o bien actúan independientemente, colaborando con el juez cuando éste requiere el respectivo *dictamen* (LOPJ, 194 y ss.).

Volveré sobre el tema en la Lección 16 y, particularmente, en la 19.

2.4. LOS DEFENSORES LETRADOS

Al analizar los presupuestos de la demanda (ver la Lección 17, punto 3) hice ya referencia a que muchas leyes no reconocen al particular el derecho de postular ante la autoridad, sino que le exigen la asistencia de un *letrado*, que actúa como una suerte de intermediario entre las partes del proceso y la autoridad.

Por supuesto, no ha sido siempre así: basta recordar la pintoresca resolución del Cabildo de Buenos Aires negando el ingreso a la ciudad de tres letrados que venían a ejercer su profesión en ella, para advertir que la *defensa técnica* es un logro relativamente moderno que opera como un verdadero pilar de soporte de la garantía constitucional del *debido proceso* que ya se ha visto en la Lección 8 y que, lamentablemente, todavía no se exige en los distintos ordenamientos legales (penales) de América.

La necesidad de contar con adecuado asesoramiento en el desarrollo de un medio eminentemente técnico como es el proceso y de lograr una actuación correcta del litigante en la línea de eficiencia que une la pretensión o la excepción con la sentencia, hace que el defensor se constituya en figura capital en los estudios del derecho procesal: así es como los distintos ordenamientos orgánicos asignan al abogado un papel verdaderamente relevante que corre desde la denominación de *auxiliar judicial* hasta la de verdadero *coadyuvante esencial* en la tarea de hacer justicia pero que, en todos los supuestos, está sujeto a variados deberes respecto del cliente, del ejercicio mismo de la profesión y del juzgador.

1) *Respecto del cliente*

Las distintas leyes prohiben en general a todo abogado:

a) patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un juicio, simultánea o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte si ya hubiera asesorado a la otra (en la Argentina, por ejemplo, esta conducta implica delito del derecho penal) salvo en los supuestos de inexistencia de conflicto actual, como el caso del divorcio por mutuo consentimiento o el de homologación de un acuerdo;

b) patrocinar y representar a partes contrarias los abogados asociados entre sí, tanto en forma individual como simultánea;

c) ejercer la profesión de abogado en pleito en cuya tramitación intervino como juez;

d) retener indebidamente fondos o efectos pertenecientes a sus mandantes, representados o asistidos;

e) mantener una actitud de retardo o negligencia frecuente o de ineptitud manifiesta o de omisión en el cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas profesionales, etc.

2) *Respecto del ejercicio profesional* (LOPJ, 312)

Distintas normas que regulan éticamente a la abogacía prohiben a todo letrado:

a) aceptar el patrocinio o representación en asuntos en que haya intervenido un colega o tomar contacto directo con la parte contraria a la cual aquél asiste, sin su previo conocimiento;

b) proveerse de clientela por medios incompatibles con la dignidad profesional;

c) publicar avisos que pueden inducir a engaños a los clientes u ofrecer cosas contrarias o violatorias de las leyes;

d) celebrar contrato de sociedad profesional con quien no es abogado;

e) violar el régimen legal de incompatibilidades, etc.

3) Respecto del *juzgador*

Incumbe a todos los abogados:

a) conducirse en el pleito con lealtad, probidad y buena fe en la elaboración de la defensa (art. 24);

b) colaborar en el desarrollo e impulsión de los procesos (art. 25);

c) aceptar los nombramientos de oficio para la defensa de imputados penales pobres o que se han negado a designar defensor y las designaciones para integrar tribunales en los casos previstos en las leyes (caso del *conjuez*), supuestos éstos en los que la actuación es carga pública gratuita inherente a la función de abogado e irrenunciable salvo causa debidamente justificada, (LOPJ, 312), etc.

LECCIÓN 15

LOS TERCEROS INTERESADOS QUE SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES Y SU INTERVENCIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. Concepto de tercero
2. Concepto de intervención de terceros
3. Requisitos comunes a todo tipo de intervención
4. Clases de intervención
   - 4.1. De acuerdo con su origen
     - 4.1.1. Voluntaria
     - 4.1.2. Provocada
     - 4.1.3. Necesaria
   - 4.2. De acuerdo con la actuación que cumple el tercero
     - 4.2.1. Excluyente
     - 4.2.2. Coadyuvante
     - 4.2.3. Asistente
     - 4.2.4. Sustituyente
5. Intervención provocada
   - 5.1. Concepto y caracteres
   - 5.2. Medios para provocar la intervención del tercero
   - 5.3. Casos de citación provocada en orden a la finalidad querida por la parte originaria citante
     - 5.3.1. La citación para evitar la deducción por el tercero de ciertas defensas en el juicio que eventualmente incoará el citante contra el citado
       - 5.3.1.1. Citación por el actor para evitar la deducción por el tercero, en el pleito que eventualmente le incoará, de las defensas personales propias del demandado en el pleito originario
       - 5.3.1.2. La citación por el actor o por el demandado para evitar la deducción por el tercero en el pleito que eventualmente le incoará uno de ellos, de la excepción de negligente o defectuosa defensa del propio citante en el pleito originario
     - 5.3.2. La citación por el demandado para lograr que el tercero asuma la defensa del citante en el pleito pendiente y que eventualmente se haga cargo en forma personal e inmediata de las condenaciones que contenga la sentencia que allí se emita
       - 5.3.2.1. El caso especial de la figura denominada *citación en garantía* por la ley argentina en materia de seguros (Nº 17418)

5.3.2.2. El caso especial de la llamada *citación de evicción*
5.3.3. La citación por el demandado para lograr que un tercero lo sustituya en el pleito pendiente por ser el único y verdadero legitimado para asumir el papel de demandado
5.3.4. La citación provocada por el actor o por el demandado para lograr la deducción de la demanda que eventualmente teme el citante del tercero citado
6. Intervención necesaria
7. Tercerías

1. EL CONCEPTO DE *TERCERO*

En Derecho se da el nombre de *tercero* a toda persona ajena a una relación jurídica determinada. Traído el concepto al campo procesal, fácil es afirmar que *tercero* es quien no es parte de un proceso. Empero, desde esta óptica, y respecto de una pretensión litigiosa, son *terceros* el juez, los funcionarios judiciales, el testigo, el perito y, en general, los integrantes del resto de la comunidad.

Esta exacta enunciación no alcanza para la cabal comprensión del fenómeno que comienzo a explicar aquí y, habitualmente, crea confusión en quien no está familiarizado con el lenguaje técnico, ya que la voz *tercero* es otra de las tantas que presentan significados polivalentes.

Por ejemplo, adviértase que si Pedro demanda a Diego con miras a excutir sus bienes para poder demandar luego a su fiador simple Juan, éste también recibe la denominación de *tercero*, en cuanto no es –ni puede serlo– parte originaria en el proceso incoado por Pedro contra Diego. Pero se puede notar fácilmente que no es *tan tercero* como el juez, el testigo o Luis, un miembro cualquiera de la comunidad, etc.

De ahí que quepa marcar liminarmente las diferencias existentes entre todos los nombrados: el juez, los funcionarios judiciales, el testigo, el perito y los integrantes del resto de la comunidad, además de no ser partes procesales son (o deben ser) *imparciales* (sin interés personal en la solución del pleito) o, al menos, *indiferentes*. El caso del *fiador* revela algo distinto: aunque él tampoco es parte procesal, no puede ser ni imparcial ni indiferente toda vez que ostenta un obvio interés en el resultado del pleito originario; y ello porque si en el ejemplo propuesto Diego paga lo que reclama Pedro, Juan queda automáticamente liberado de su obligación.

Este elemento diferenciador –el *interés*– hace que, al hablar de *terceros* en esta Lección específica sobre el tema, el concepto deba referirse a todos aquellos que en mayor o menor medida están *interesados* en el resultado del litigio porque *los afecta actual o potencialmente*.

Esta *afectación del interés* hace que muchos ordenamientos legales vigentes

–no todos– permitan la presencia de un *tercero interesado* dentro de un proceso pendiente entre partes originarias.

En rigor de verdad, cuando esto ocurre y el tercero se introduce en el proceso, deja de ser tercero para convertirse en una *parte procesal sucesiva* (ver Lección 12), con mayores o menores facultades de actuación en orden al grado de afectación que sufre.

2. EL CONCEPTO DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

La *intervención de terceros* tiene lugar cuando en forma *voluntaria, provocada* o *necesaria* un tercero interesado se incorpora a un proceso pendiente con el objeto de hacer valer en éste un *derecho* o *interés propio*, por hallarse vinculado –por lo menos con una de las partes originarias– mediante una relación de conexidad objetiva, de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal o de afinidad (ver sus conceptos y ejemplos en la Lección 5).

De tal forma, el instituto supone una *acumulación de pretensiones* por vía de *inserción* procesal (ver Lección 20): el tercero se *inserta* en el proceso ya pendiente entre las partes originarias.

El fundamento de la intervención se halla en el principio de seguridad jurídica o en las reglas de la economía y la celeridad (ver Lección 9), según sea el tipo de relación que una al tercero con alguna de las partes originarias.

Por razones obvias, este tema tiene solo implicaciones civiles, nunca penales. Esto no descarta que un tercero pueda insertarse en un procedimiento penal, lo que efectuará al solo y único efecto de hacer valer allí una pretensión civil[1].

3. LOS REQUISITOS COMUNES A TODO TIPO DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Cualquiera sea el tipo de interés afectado y, por ende, de la intervención que pueda adoptar en orden a los criterios clasificatorios que expondré en los números siguientes, la inserción procesal requiere:

1) la existencia de un *proceso pendiente*, es decir, que no haya terminado por alguna de las posibles vías auto o heterocompositivas;

2) la circunstancia de que el *tercero* ostente realmente tal calidad, es decir, que no sea parte originaria en el proceso pendiente;

1 Descarto por completo la posible inserción de un *amicus curiæ*, figura ajena y anómala en el ordenamiento jurídico nacional, de raigambre continental.

3) la demostración inicial por el tercero de la existencia de un *interés jurídico* (producto del tipo de afectación que afirma) que autorice su inserción.

Aquí se ve una notable restricción al amplio concepto de *acción procesal* enunciado en la Lección 4: hace a la esencia misma del accionar que no deba acreditarse liminarmente el derecho que sustenta a la pretensión que aquélla lleva aneja.

Esta clara antinomia que existe entre el carácter *abstracto* de la *acción procesal* (que permite que cualquiera que quiera demandar lo haga, aun sabiendo que carece de derecho al efecto, ver las Lecciones 4 y 17) y el carácter *concreto* de la *inserción procesal* (que impone al tercero que desea intervenir en proceso pendiente la *acreditación inicial* de su legitimación e interés para obrar) –que crea perplejidad en el intérprete que advierte la existencia de una obvia incoherencia técnica– sólo puede ostentar una explicación política y no científica a partir de la determinación de cuáles son los alcances –subjetivos y objetivos– del fenómeno del caso juzgado.

En la antigüedad remota la discusión se efectuaba en presencia de *todo* el grupo social, de modo que el espectador que advertía que su propio interés quedaba implicado en la controversia podía intervenir en ella, sumando argumentos a los que presentara una de las partes contra la otra o enfrentando directamente a los dos contendientes. La publicidad del proceso era así determinante de la posibilidad de intervención.

Roma conoció otro método de procesamiento, hecho ante la autoridad y no en presencia del pueblo.

De ello se derivó la ignorancia de la generalidad de las gentes acerca de lo efectivamente discutido en el respectivo proceso, del que se enteraba en forma eventual si le alcanzaba de una u otra manera el efecto propio del caso juzgado. Al contrario de lo afirmado recién, la falta de publicidad del proceso era la determinante de la imposibilidad de intervenir.

Cuando la ciencia procesal comienza a constituirse como tal y, por tanto, los autores dejan de concretar sus explicaciones a los puros pasos procedimentales sin ilación lógica y sistemática, se advierte que todo ordenamiento positivo debe partir de cuatro premisas básicas (que repetiré textualmente en la Lección 20 para la cabal comprensión del fenómeno de la acumulación procesal):

1) por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa de los integrantes de una comunidad dada es *imprescindible* que una vez resuelta por la autoridad una pretensión litigiosa, su decisión sea *definitiva*, debiéndose impedir a todo trance la reapertura útil de la discusión que la originó;

2) del mismo modo, no resulta bueno para el mantenimiento de la paz social la *coexistencia* de dos demandas con base en la misma exacta pretensión, pues podría ocurrir eventualmente que éstas obtuvieren sendas decisiones contradictorias, con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico que debe ser evitado a toda costa;

3) por similares razones, siempre que una misma *causa petendi* sea el sustento de dos o más pretensiones (concurrentes o antagónicas), éstas deben ser *necesariamente* tramitadas en un solo procedimiento y resueltas en una misma sentencia;

4) para finalizar, desde siempre ha parecido políticamente *conveniente* tramitar en un mismo y único procedimiento varios procesos originados por pretensiones que se hallan estrechamente vinculadas entre sí.

Las tres primeras premisas son el fundamento de un principio legislativo superior y metaprocesal: la *seguridad jurídica*. La última en cambio, constituye el basamento de otros principios relativos al proceso y que generan las reglas de *economía* y de *celeridad en los trámites* (ver Lección 9).

Del principio de *seguridad* se sigue que no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión y que no pueden emitirse decisiones diferentes acerca de una misma exacta pretensión o decisiones idénticas respecto de pretensiones antagónicas. A este efecto, no interesa a la vigencia misma de un sistema procesal el eventual apartamiento de las reglas de economía y de celeridad, pues sobre ellas tiene absoluta primacía la seguridad jurídica.

De las reglas de *economía* y de *celeridad* se extrae la *conveniencia* (y no la *necesidad*) de tramitar simultáneamente diversas pretensiones con prescindencia del principio de seguridad, que no es rozado en el caso por aquéllas.

A partir de la aceptación de estas premisas básicas para un sistema, algunos pocos autores *progresistas* han advertido la necesidad de que la ley autorizara la intervención de un tercero en un proceso pendiente, siempre que la eventual afectación de su propio interés pueda derivar de la extensión subjetiva de los efectos del caso juzgado, a raíz de la cual parecía justa su audiencia *antes* de la consumación del mal.

Pero no todos lo entendieron así: gran número de prestigiosos autores –muchos de ellos argentinos– que ejercieron notable influencia en la jurisprudencia de la época –de la cual no sólo es reflejo la actual sino también numerosas leyes procesales– dieron primacía a la *libertad de actuar* del actor, sosteniendo que no podía imponérsele el litigar con quien él no había querido demandar.

Por tanto, la intervención de terceros se convirtió en una figura jurídica anómala, con olvido y detrimento del principio de seguridad cuando éste era rozado en cualquier caso concreto.

Aunque la doctrina ha evolucionado notablemente al respecto, la legislación ha cambiado pero no tanto: baste citar que numerosos ordenamientos positivos vedan de modo terminante algunos de los posibles tipos de intervención que se verán luego; del mismo modo, la absoluta generalidad de ellos restringe severamente la actuación de ciertos intervinientes (por ejemplo, los *asistentes),* comenzando por exigir la demostración inicial de la legitimación para obrar, con olvido ahora de claros derechos y garantías constitucionales.

Como consecuencia de toda esta suerte de rara mezcla entre evolución e involución de los conceptos, este tema se ha convertido en el tabú de la materia: es poco comprendido, siempre polémico y casi nunca analizado en un terreno de absoluta lógica racional.

Por lo demás, y salvo escasos autores que lograron hacer una sistematización conceptual, gran cantidad de ellos hizo pura exégesis de normas que, a la postre, resultan inadecuadas para la solución de los numerosos y a veces graves problemas que genera el tema.

Como corolario de lo expuesto destaco la incongruencia interna del sistema.

De cualquier forma, alguna justificación puede ser aceptada para comprender la existencia de la antinomia antes apuntada: una cosa es demandar inicial u originariamente, promoviendo el correspondiente proceso (respecto de lo cual resulta fácil aceptar la *abstracción* para no cercenar liminarmente el obvio y universalmente aceptado derecho de todo gobernado de dirigirse al gobernante utilizando, al efecto, cualquiera de las instancias posibles) y otra distinta es la inserción en un proceso ya pendiente, aun contra la voluntad de las partes originarias, ya que lo que debe ser una simple discusión pacífica puede degenerar en una suerte de riña (de donde deviene más que razonablemente aceptable –aunque no técnicamente ajustado a la congruencia del sistema– imponer la acreditación inicial de la legitimación y del interés para obrar a fin de autorizar la inserción procesal).

Queda en claro, entonces, que aun cuando en el terreno de la pura ciencia este requisito no debe ser impuesto por el legislador, lo cierto es que las leyes que regulan el tema consagran la totalidad de los expuestos bajo este acápite.

4. LAS CLASES DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Existen dos claros criterios diferenciadores acerca del tema: el primero atiende al *origen de la intervención;* el segundo, al tipo de *actuación que cumple el tercero* una vez que se ha introducido al proceso.

4.1. LA CLASIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS DE ACUERDO CON SU ORIGEN

La concurrencia de un tercero interesado a un pleito pendiente puede tener origen en:

1) la *voluntad del propio tercero*: recibe el nombre de *intervención voluntaria;*

2) la *voluntad de alguna* de *las partes originarias,* que opera aun en contra de la voluntad del tercero: recibe el nombre de *intervención provocada* (también se la conoce como *obligada, coactiva* o *forzosa*);

3) la *voluntad* (en rigor, *disposición*) *de la ley,* que opera por medio del juez y aun contra la voluntad de las partes originarias y del propio tercero: recibe la denominación de *intervención necesaria* (se la conoce también con las restantes designaciones de la intervención provocada y como *integración necesaria del litigio*).

4.1.1. LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA DE TERCEROS

Este tipo de intervención se configura mediante la *inserción espontánea* de un tercero a un proceso que se encuentra pendiente, y en el cual puede actuar en alguna de las formas que mencionaré en el # 4.2., según el tipo de interés que ostente respecto de la relación litigiosa (ver art. 304).

4.1.2. LA INTERVENCIÓN PROVOCADA DE TERCEROS

Este tipo de intervención se configura cuando alguna de las partes originarias (o sucesivas) de un proceso pendiente decide convocar (citar) a éste a un tercero por considerar que la relación litigiosa entre el actor y demandado:

1) es el *presupuesto de hecho* de otra relación jurídica que une a uno de ellos (citante) con el tercero (citado);

2) es la *misma e idéntica relación* que une al citado con la contraparte del citante, quien se halla en el pleito por estar legitimado para asumir el papel de parte procesal aun en el supuesto de no ser el responsable primario e inmediato de la obligación reclamada;

3) es de naturaleza tal que debe ser asumida por el tercero por ser el *verdadero responsable de la obligación* que se demanda o por *haberla garantizado,* aun en el supuesto de que él carezca de relación propia con el contrario de la parte citante;

4) es *incompatible* con la relación que el tercero tiene con alguna de las partes originarias (luego ejemplificaré todos estos supuestos).

Las leyes, la doctrina y la jurisprudencia unifican a este tipo de intervención con la que he denominado *necesaria,* bajo la designación de intervención *coactiva* u *obligada.* A mi juicio, ello no es conveniente en razón de que constituyen tipos de intervención claramente diferenciados.

Atendiendo a las características específicas y muy particulares de este tipo de intervención, estimo que no puedo analizarla integralmente por ahora, sino luego de presentar el siguiente criterio clasificatorio. Por eso, continuaré tratando el tema en el # 5 de esta Lección (ver art. 305).

4.1.3. LA INTERVENCIÓN NECESARIA DE TERCEROS

Este tipo de intervención se configura, esencialmente, cuando en un proceso pendiente no actúan como partes originarias *todos los sujetos* que deben demandar o ser demandados en orden a la legitimación imprescindible para lograr una heterocomposición útil del litigio (para explicarlo mejor: no obstante ser partes del *conflicto*, no son partes del *litigio*) (art. 305).

El caso supone la existencia de una relación jurídica material *inescindible,* que como tal sólo puede ser decidida judicialmente con *la presencia de todos los interesados* ya que, de lo contrario, la sentencia a dictar sería de cumplimiento imposible.

Este supuesto de intervención se diferencia claramente de la *voluntaria* y de la *provocada,* pues el pleito que versa sobre relación jurídica inescindible no puede ser sustanciado ni resuelto sin la citación del tercero que, debiendo haber sido actor o demandado originario, no lo fue.

De ahí que la citación sea forzosa para el tercero y para las partes originarias y que el juez deba efectuarla de oficio a fin de lograr una correcta integración de la relación litigiosa (ver este deber judicial en la Lección 14).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe acotar para finalizar que algunas leyes ordenan este tipo de intervención respecto de ciertas relaciones jurídicas materiales escindibles (por ejemplo, caso de la llamada *acción* subrogatoria, ver el # 6.3.2 en esta misma Lección).

4.2. LA CLASIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS DE ACUERDO CON LA ACTUACIÓN QUE CUMPLEN EN EL PROCESO

Siempre que la relación *ya litigiosa* afecte *actual* o *potencialmente* a un tercero –es decir, que aquélla *no le sea indiferente*– la tal afectación admite diversos grados.

Así, puede ser:

1) *mediata:* se presenta cuando la pretensión demandada puede producir al tercero un eventual *gravamen de hecho* (v. gr. el del acreedor quirografario respecto de su deudor ejecutado por otro acreedor, viendo cómo se consume su patrimonio que posiblemente entrará en insolvencia cuando él pueda ejecutar su propio crédito).

En general, y gracias a la prédica constante de los autores que han adoptado la posición doctrinal de restringir al máximo la figura de la intervención, los códigos procesales *no admiten este tipo de afectación* cuando regulan el tema, no obstante que el caso puede subsumirse en el de la intervención *asistente* (ver el # 4.2.3 de esta Lección);

2) *inmediata:* se presenta cuando la pretensión demandada produce un *gravamen jurídico* que, por ser *real* o *potencial,* admite que esta afectación se subdivida en:

2.1) *directa* (o *actual*): se presenta cuando el tercero es sujeto de una propia relación jurídica que, respecto de la pretensión ya litigiosa, se halla en una situación de:

2.1.1) *identidad de la relación causal* (caso de varios codeudores de los cuales unos son demandados y otros no; o caso de varios titulares contemporáneos de un derecho de servidumbre predial que es desconocido por el propietario del fundo sirviente y que, por ende, afecta directa e igualmente a todos); y de

2.1.2) *incompatibilidad de las diversas relaciones sustanciales* (surgen contemporáneamente de relaciones jurídicas que *no pueden coexistir*; dos personas pretenden ser únicas titulares de un mismo derecho de propiedad);

2.2) *indirecta (o potencial)*: se presenta cuando la sentencia que ha de dictarse sobre la pretensión ya litigiosa *condiciona* (mejorando o empeorando) el propio derecho del tercero en cuanto a la relación que lo une con alguna de las partes originarias del litigio (caso del fiador simple respecto de la demanda incoada por el acreedor de su fiado, cuya imposibilidad de afrontar el pago de la deuda habilitará a aquél –previa excusión– a demandar al fiador).

Conforme con el grado de afectación que demuestre un tercero y con prescindencia de que su intervención sea voluntaria o provocada, al insertarse en el proceso pendiente puede adoptar una de cuatro posibles actitudes: *excluyente, coadyuvante, asistente* y *sustituyente.*

4.2.1. LA INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención *(ad excludendum* o *ad infringendum iura utriusque competitoris),* también denominada *principal* o *agresiva,* tiene lugar cuando

un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión *incompatible* con la ya litigiosa, reclamando para sí total o parcialmente la cosa o el derecho sobre el cual se litiga.

Su origen puede ser *voluntario* o *provocado*. Ejemplo del primero se encuentra en la pretensión de reivindicación de una cosa cuya propiedad está en litigio; ejemplo del segundo, en el proceso relativo al cobro de una suma de dinero, en el cual el tercero invoca la titularidad del respectivo crédito (caso previsto en CC, 757, 4º).

Algunos códigos procesales regulan adecuadamente este tipo de intervención (art. 301, 307 y 308). Otros, en cambio, han omitido toda norma al respecto, estableciendo como solución al problema de la incompatibilidad de pretensiones la vía de la *acumulación de procesos* en un mismo procedimiento (ver Lección 20).

En razón de que este tipo de intervención constituye un supuesto de acumulación sucesiva de procesos por la inserción de la pretensión de un tercero frente a las partes originarias de un proceso pendiente (ver Lección 20), por hallarse con una de ellas en una relación conexa por incompatibilidad de pretensiones respecto de un mismo objeto (ver Lección 5, # 4), sus *características* son las siguientes:

1) la mera presentación de la demanda por el tercero implica la *coexistencia de tres pretensiones litigiosas*: la ya pendiente entre las partes originarias, la del tercero contra el actor y la del mismo tercero contra el demandado, ambos del pleito original;

2) como consecuencia de ser éste un conjunto de *tres litigios* con *tres partes encontradas*, razones de economía y celeridad procesal indican la *conveniencia* (nunca la *necesidad*) de dictar un pronunciamiento judicial único respecto de las tres relaciones; y

3) como última característica, afirma la doctrina generalizada que, ante una intervención excluyente, las partes originarias se colocan automáticamente en una *relación litisconsorcial*. Aunque antes de ahora he sostenido tal criterio, un renovado planteo del tema hace que hoy crea que aquél no es exacto.

Por lo pronto, para que exista una *relación litisconsorcial* es imprescindible que entre diversas pretensiones se presente una *conexidad del hecho causal* (lo cual acaece en los supuestos de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal y de afinidad), cosa que obviamente no ocurre en el caso tratado, donde sólo se advierte la existencia de una *conexidad objetiva*.

Además, por simple razonamiento lógico –y sin que ello implique una regla absoluta en los hechos– la relación litisconsorcial supone una *coordinación de intereses* entre los distintos litisconsortes, cosa que tampoco se presenta aquí toda vez que las partes originarias actúan con *intereses contrapuestos antes, durante* y *después* de la intervención: siempre son *partes contrarias*.

Por último, si no se acepta esto y se insiste caprichosamente en que son litisconsortes frente a un tercero que los ataca, queda un problema sin posibilidad de solución.

Y es que si en pleito propuesto por el tercero, una de las partes antagónicas originarias (en *relación litisconsorcial* con su contraria) desea provocar la declaración de la otra, no se puede saber cuál es el medio apto para ello: la absolución de posiciones o el testimonio (ver la Lección 19).

Y ello es así porque las posiciones sólo se admiten entre *partes contrarias* y, por tanto, serían inadmisibles entre quienes militan en el mismo bando procesal; a su turno, los litisconsortes (que siempre ocupan un mismo bando procesal) pueden provocar sus respectivas declaraciones por la vía del testimonio: y esto no puede aceptarse técnicamente, pues siendo que ellos son partes antagónicas en el pleito originario, no podrían nunca declarar bajo juramento de decir verdad (con lo cual pueden llegar a cometer el delito de falso testimonio) por conculcarse con ello el derecho de defensa de quien en toda América no está constitucionalmente obligado a declarar contra sí mismo.

Obvio es ya recalcar que conforme con la tesis expuesta precedentemente –hay tres partes encontradas entre sí– el único medio de confirmación admisible es la absolución de posiciones por y respecto de cualquiera de ellas.

4.2.2. LA INTERVENCIÓN COADYUVANTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención –denominada también *intervención coadyuvante litisconsorcial* o *adhesiva autónoma* (art. 302 y 306)– es la que cabe al tercero cuando ingresa al proceso pendiente con el objeto de hacer valer un *derecho propio* frente a *una* de las partes originarias, *adhiriendo* simultáneamente a la calidad (actora o demandada) de la otra.

Puede tener origen *voluntario* o *provocado* por el *actor* o por el *demandado* y siempre por existir en el caso un grado de afectación *inmediata directa* (ver *supra*, # 4.2) por *identidad del hecho causal*.

Ejemplos de esta clase de intervención se pueden ver: en el caso del codeudor solidario no demandado que se introduce al proceso; en el del coacreedor que no demandó; en el del pariente de un cónyuge con derecho a oponerse al matrimonio, que interviene en el proceso incoado por otro pariente tendiente a obtener la nulidad de aquél, etc.

Las características de este tipo de intervención son las siguientes:

1) la mera inserción en el proceso pendiente otorga al tercero, sin lugar a dudas, la calidad de *parte* (sucesiva) *autónoma* que actúa en *coordinación de intereses* con aquella a quien coadyuva.

Y como consecuencia de la conexión del hecho causal que *siempre* existe en este tipo de intervención, coadyuvante y coadyuvado se colocan automáticamente en *relación litisconsorcial* siendo así aplicable al caso todo lo expuesto en la Lección 12 y teniendo como efecto principal el que la sentencia que se dicte sea *igual en cuanto al hecho causal* respecto de todos los litisconsortes (ver Lección 12, #8.2.1.2);

2) la presencia del tercero en el pleito pendiente origina la existencia de *dos relaciones litigiosas* (v. gr., la del actor con el demandado originario y la del mismo actor con el tercero coadyuvante que *asume la condición de demandado* sucesivo), razón por la cual –y esto no es pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia– la sentencia que se dicte acerca de aquéllas debe mencionarlo en forma expresa, absolviéndolo o condenándolo si ostenta el carácter de demandado y acogiendo o rechazando su pretensión si adopta el carácter de demandante (ver caso en esta Lección, #5.3).

4.2.3. LA INTERVENCIÓN ASISTENTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención –denominada también *intervención adhesiva simple* (art. 303)– se verifica cuando un tercero, en razón de tener un *interés jurídico inmediato indirecto* (ver *supra*, #4.2) en el resultado de la relación litigiosa (por ser su propia relación *dependiente* o *condicionada* por aquélla) se inserta en un proceso pendiente *en apoyo de una de las partes y sin pretensión propia contra la otra.*

Esto ocurre por cuanto la relación que une a los litigantes originarios es *condicionante* (o primaria) respecto de la relación que alguno de ellos tiene con el tercero, la cual es *condicionada* (o *secundaria*), nunca *accesoria.*

De tal modo, el presupuesto de hecho de la justiciabilidad de la relación condicionada es el *resultado* al cual se arriba en la solución de la relación condicionante. Un claro ejemplo de ello se puede ver en la relación acreedor-deudor-fiador simple: la obligación de éste sólo será exigible luego de que sea declarada la responsabilidad del deudor y de que se hayan excutido sus bienes. Recién ahora –y no antes– se da la *condición necesaria* para que pueda operar en forma directa la relación secundaria acreedor-fiador.

Además del ejemplo recién citado, pueden mencionarse otros: el del acreedor hipotecario en proceso donde se hace valer pretensión reivindicatoria del inmueble hipotecado; el del beneficiario de un cargo contenido en una donación, en proceso donde se discute la validez del contrato; etc.

Como este tipo de intervención constituye una zona gris en el estudio del tema y muchas veces no se distingue adecuadamente entre los conceptos de *derecho* y de *simple interés* (sustentos de esta intervención y de la explicada antes) muchas veces existe confusión al respecto y algunos jueces, por ejemplo, no saben aplicar los efectos propios de cada uno de ellos.

De ahí que, para distinguir cabalmente las intervenciones *coadyuvante* (llamada casi siempre por la ley *adhesiva autónoma* o *litisconsorcial*) y *asistente* (siempre denominada *adhesiva simple*), deba formularse una regla que me parece sencilla: en cualquier caso justiciable en el cual intenta insertarse un tercero, debe analizarse su propia legitimación: si pudo ser actor o demandado originario y no lo fue, su intervención será *coadyuvante,* ya que ostenta un *derecho* propio para defender en el proceso pendiente; por lo contrario, si no pudo ser actor o demandado originario (pues su relación es *secundaria* y no *primaria*) su intervención será *asistente,* ya que no ostenta un derecho sino un *simple interés jurídico* para defender en el pleito, intentando mejorar su eventual derecho. Como es obvio, estas distintas legitimaciones deben ser extraídas de la normativa de fondo y no de la procesal.

A la intervención asistente puede llegarse de dos formas: por inserción *voluntaria* del tercero y por *provocación* (por el medio técnico denominado *denuncia del litigio,* ver *infra,* #5.2) que sólo puede efectuar el *actor* (y nunca el demandado).

La primera de ellas (intervención *voluntaria*) es el modo habitual de inserción. En el ejemplo dado en primer término, supóngase que Pedro se obligó como fiador simple del deudor Diego ante el acreedor Juan. Ya he señalado que la relación Juan (acreedor)-Pedro (fiador simple) se halla condicionada por el resultado prestacional al cual se arribe en la relación condicionante Juan (acreedor)-Diego (deudor). Si del juzgamiento de esta última resulta que Diego nada debe (v. gr., por haber pagado), automáticamente cesa la eventual obligación de Pedro ante Juan: simplemente no se dio, como presupuesto de hecho, la *condición de demandabilidad.* Como se ve, a Pedro le interesa que Diego gane el pleito pues así se mejora su propio derecho: deja de estar obligado. Por eso he dicho antes que el interés del tercero es inmediato pero indirecto. De ahí que a Pedro le convenga intervenir voluntariamente en el pleito pendiente entre Juan y Diego a fin de asistir a éste en su defensa aunque –nótese bien– nada puede pretender o defender personalmente ante Juan: sólo busca su propia desvinculación obligacional mediante la ayuda que efectúa para que el deudor Diego sea absuelto. Así de simple.

La segunda forma de intervención (*provocada* por el actor), ocurre cuando éste quiere obtener la presencia del tercero en el pleito pendiente en el cual no pudo demandarlo originariamente por carecer de legitimación *actual* respecto de él, ya que la relación acreedor-fiador está condicionada por el resultado obtenido en la relación condicionante acreedor-deudor.

En el ejemplo anterior, el actor Juan sabe que *si* se declara su derecho a la acreencia, que *si* el deudor Diego no paga lo reclamado, por lo cual es necesario ejecutar la sentencia y que *si* sus bienes no alcanzan para cubrir el monto de la condena luego de excutirlos (adviértase que *todos* son supuestos potenciales), recién se dará la *condición favorable* para demandar directamente al fiador Pedro.

Resulta claro que si el acreedor Juan sabe de modo cierto que su acreencia podrá ser cubierta con creces por el patrimonio del deudor, poco o ningún interés tendrá en provocar la presencia del fiador en el proceso pendiente. Por lo contrario, si sabe que su acreencia no será cubierta o si tiene dudas al respecto, le es altamente conveniente citarlo al proceso con la finalidad de vincularlo a la sentencia que se dicte a su término.

Y es que, conforme con lo dispuesto en la mayoría de las leyes civiles (por ejemplo, CC, 2020 y 2021) el fiador, aun siendo solidario, puede oponer al acreedor todas las excepciones propias y *las que podría oponerle el deudor principal,* haciéndolo en su nombre personal y aun contra la voluntad del deudor.

Y ello es así en razón de que las mismas leyes (por ejemplo, CC, 2023) autorizan expresamente al fiador "a intervenir en las instancias entre el acreedor y el deudor sobre la existencia y validez de la obligación principal; y si no hubiese intervenido, las sentencias pronunciadas no le privan (posteriormente) de alegar las excepciones".

De donde resulta que, a la inversa, la intervención en el juicio pendiente le veda al fiador la posibilidad de alegar en su propio pleito las excepciones personales del deudor. De allí que el acreedor-actor ostente indudable interés en vincular procesalmente al fiador simple: ya que no puede demandarle *directamente* (por no haberse dado aun el presupuesto que une a ambos, cosa que sólo se logrará luego de excutir los bienes del deudor) intenta discutir, por *una sola* vez y *en definitiva,* acerca de la existencia misma o de la validez de la obligación principal, tanto para el deudor como para el fiador.

A tal efecto, la controversia se hará en común contra el deudor y el fiador para que, llegado el caso de tener que demandar a éste, ya se encuentre vinculado a lo que resulte del efecto propio del caso juzgado emergente de la sentencia dictada acerca del tema. Y obviamente, en su propio pleito el fiador no podrá ya oponer más defensas que las personales de él y nunca las correspondientes al deudor fiado.

Las características de este tipo de intervención no son fáciles de enunciar, habida cuenta de que todas las regulaciones y la mayor parte de la doctrina restringen severamente la actuación del asistente.

Por mi parte, creo que la solución legal no es correcta y que debe ser dejada de lado con prontitud.

A fin de que el lector pueda llegar a compartir esta afirmación debe recordar que el tercero asistente carece siempre de legitimación actual para litigar frente al adversario de la parte a la cual adhiere, por lo que el fundamento de su intervención radica en la conveniencia de brindarle la posibilidad de asistir en su defensa a alguna de las partes originarias en razón de que si ella logra vencer en el pleito el tercero mejorará la condición de su propio derecho.

De aquí se puede extraer una característica propia de este tipo de intervención: la existencia de *una* relación litigiosa (la inicial) no se ve alterada en su número por la presencia del tercero, quien no hace ni puede hacer valer su propia relación en *este* proceso (repárese en el diferente y decreciente número de relaciones litigiosas que se presentan en los tres tipos de intervención explicados hasta aquí).

De tal modo, el litigio se concreta a lo ya discutido entre actor y demandado, partes originarias del proceso, por cuya razón la sentencia no puede hacer mérito de la relación propia del tercero, a raíz de lo cual ni lo condena ni lo absuelve en cuanto al fondo del problema. Más simplemente: no lo menciona para nada.

De esta razón, que es lógicamente correcta, la doctrina y los códigos que regulan el instituto derivan una consecuencia que no lo es: el tercero asume el carácter de parte *subordinada* o *accesoria* (queriendo significar con ello que *no es una verdadera parte procesal* pues carece de sus atributos de autonomía de actuación) en virtud de existir una relación de *subordinación* entre la parte y el asistente (art. 303).

Y a base de ello, se le veda expresamente al tercero la posibilidad de realizar cualquier tipo de actividad que no resulte compatible con la efectuada por la parte principal (por ejemplo, si la parte no alega la prescripción de la obligación no puede hacerlo el tercero).

Insisto en que esta afirmación contiene un error conceptual.

Y es que parece obvio sostener que la circunstancia de concurrir una relación *condicionante* y otra *condicionada* en su existencia no puede generar por sí misma un estado de *subordinación* entre el asistente y la parte, cuando la realidad jurídica y la lógica pura indican que entre ambos existe una clara y elemental *coordinación de intereses.* Nadie puede dudar de que, voluntaria o

provocadamente, el tercero concurre al proceso no sólo para apoyar logísticamente a una parte sino también para lograr su propia desvinculación obligacional mediante la absolución de aquélla.

Y así resulta que el interés del tercero (piénsese en persona harto solvente) puede ser notoriamente mayor que el de la propia parte (piénsese en persona insolvente).

¿Qué sentido lógico –y jurídico– tiene, entonces, vedar al tercero el ejercicio de los derechos que la ley de fondo le acuerda normalmente? En el ejemplo recién expuesto, si el demandado no opone la excepción de prescripción y ésta es de procedencia manifiesta, ¿no lo podrá hacer el tercero asistiendo al deudor?

Ya he recordado precedentemente que el fiador puede oponer al acreedor no sólo sus propias defensas sino también las propias del deudor y *aun contra la voluntad de éste.*

Ante norma tan clara, si procesalmente no se permite al tercero actuar en forma incompatible con lo realizado por la parte, ¿puede quedar aquél vinculado definitivamente a la renuncia voluntaria (expresa o implícita) que efectúa el deudor respecto de ciertas defensas que resultarán definitorias para el litigio?

Y, además, si el deudor consiente la sentencia que le es adversa, ¿no se permitirá impugnarla al tercero, para quien precisamente constituye la condición de existencia de su propia relación?

Tengo para mí que las respuestas a tales interrogantes son obvias: si las leyes de fondo establecen –en el caso tomado como ejemplo, que está en condición de ser multiplicado– que el fiador puede actuar aun contra la voluntad del deudor y las leyes procesales disponen exactamente lo contrario –dan primacía a la voluntad del deudor por sobre la del tercero– la estructura piramidal del orden jurídico hace que el intérprete no pueda ignorar el rango de las distintas normas.

Y de ahí que, en el supuesto analizado, aunque se acepte en la especie la existencia de una sola y única relación litigiosa, el tercero asistente pueda coadyuvar en la defensa de su asistido *con todos los poderes* afirmatorios, confirmatorios, alegatorios e impugnatorios de una verdadera parte procesal (ni accesoria ni subordinada).

4.2.4. LA INTERVENCIÓN SUSTITUYENTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención tiene lugar cuando el tercero concurre al proceso porque se halla vinculado con alguna de las partes originarias por medio de una relación que lo legitima:

a) para demandar a nombre propio a base del derecho no ejercido por su titular o,

b) para asumir en forma personal el carácter de demandado por adeudarle al demandado originario una garantía legal o convencional.

En otras palabras: la asunción por el tercero del carácter de parte procesal desplaza *(extromite)* al legitimado originario que, así, es *sustituido* por aquél.

Ejemplo del primer caso es la llamada *acción subrogatoria* (arts. 315 a 319); del segundo, la *citación de evicción* (arts. 309 a 314).

Las características de este tipo de intervención difieren en uno y otro caso:

1) en el *primero:*

1.1) la sustitución es siempre voluntaria y se refiere exclusivamente a la calidad de *actor* (nunca a la de demandado) a efecto de incoar y, en su caso, continuar el desarrollo del proceso. A tal fin, *es la parte originaria* y, como tal ostenta todas las facultades y la autonomía propia de ella, salvo que acaezca la siguiente característica:

1.2) operada la sustitución (es decir, el sustituyente-actor demanda al deudor de su deudor ante la inercia de aquél) siempre es facultad legal del sustituido (deudor del actor) reemplazar a la persona del sustituyente, asumiendo personalmente la calidad de actor en el proceso ya pendiente. Sin embargo, el reemplazo no es total ya que la parte sustituyente no debe alejarse necesariamente del pleito –aunque puede extromitirse, cosa que no le conviene– en el cual puede permanecer pero en otro carácter: el de *asistente* (ver número anterior). El tema se verá luego en sus otras implicaciones;

1.3) existe una sola relación litigiosa –la del sustituido con su propio deudor– a raíz de lo cual aquél no pierde jamás su calidad de *acreedor primario* del demandado, lo que derivará en que su declaración en el pleito se efectúe por la vía de la absolución de posiciones y no por la del testimonio;

2) en el *segundo:*

2.1) la sustitución puede ser voluntaria o provocada *sólo por el demandado* y se refiere exclusivamente a la calidad de éste (nunca a la del actor) a efecto de *continuar* el desarrollo del proceso (nunca de incoarlo) con todas las facultades y la autonomía de aquélla;

2.2) por obvias razones lógicas, la sustitución provoca el reemplazo total del demandado, quien se extromite del proceso.

Sin embargo, las severas restricciones que antes he mencionado acerca del instituto mismo de la intervención de terceros, hacen que casi todas las leyes (no me animo a decir simplemente *todas* por temor a que exista alguna que no contenga restricciones y que yo no conozca) veden la extromisión del demandado o la sujeten a la conformidad del actor (art. 28).

En un plano de pura lógica estas soluciones no son correctas toda vez que el derecho del acreedor no se ve jamás demeritado habida cuenta de que la parte sustituida y extromitida queda vinculada a los efectos propios de la sentencia que se emita acerca del litigio, de la misma forma que si hubiera permanecido presente durante todo el curso del proceso. No se ve, entonces, razón alguna para cercenar la facultad de extromisión a cuya efectivización plena conducen toda la idea y la lógica de la figura de la intervención sustituyente.

Un ejemplo ayudará a comprender el problema y la crítica a sus posibles soluciones: supóngase que Juan contrata un seguro de responsabilidad con Pedro, a raíz del cual le paga una prima establecida al efecto para que el asegurador asuma no sólo el riesgo patrimonial cuando llegue la eventualidad de que Juan tenga que responder por un daño causado personalmente sino también para que afronte todas las contingencias del proceso en el cual se declarará su culpa y consiguiente obligación de reparar.

Cumplida la condición contractual –Pedro daña a Diego y es demandado por éste para lograr el correspondiente resarcimiento– es razonable admitir que Pedro intente que Juan cumpla lo pactado: asumir su defensa en el litigio y, llegado al caso, afrontar el pago de la reparación. Precisamente para eso Pedro pagó su prima y ése es el negocio de Juan.

Como luego se verá, la ley argentina en materia de seguros ha establecido –mediante el otorgamiento de la consecuente legitimación– la posibilidad de que Diego demande directamente a Juan. Pero no es éste el ejemplo que expongo, de donde resulta que el lector tendrá que prescindir de dicha posibilidad y pensar que el caso ocurre antes de la sanción de la ley citada.

Si el contrato de seguro existe y si Juan desea defender su propio interés y cumplir lo pactado con Pedro, debe concurrir al pleito incoado por Diego y asumir sin más la calidad de demandado, sustituyendo a Pedro quien, así, puede extromitirse del proceso (salvo, claro está, que la cobertura del seguro sea inferior al reclamo de Diego) pero sabiendo que su comodidad de no litigar tiene su propio precio: quedar vinculado a los efectos de la sentencia que se dicte contra Juan, lo cual puede llegar a tener importancia en la hipótesis de que éste caiga en estado de insolvencia.

Por supuesto, el derecho del actor Diego no disminuye ni se afecta en ninguno de tales casos: si se presenta el asegurador Juan al proceso, aumenta el número de sus deudores; y si el deudor Pedro se queda o se retira del pleito le da exactamente igual, toda vez que *siempre* responderá en caso de falencia del asegurador.

Entonces, ¿por qué se veda legalmente la sustitución plena o se la condiciona a la aceptación del actor?;

2.3) cuando la ley no autoriza la extromisión del demandado, el sustituyente no adquiere este carácter sino el de *asistente* (pues carece de relación propia con el actor). En caso de legitimación extraordinaria, cual el supuesto de la ley argentina en materia de seguros, donde el actor puede demandar conjuntamente al asegurado y al asegurador, la intervención de éste (no ya como tercero sino como parte principal originaria) asume la calidad de *coadyuvante*;

2.4) en cualquier caso, la presencia del tercero no altera la única relación litigiosa que continúa controvirtiéndose entre el actor y el sustituyente o entre el actor y el demandado originario, asistido ahora por el tercero.

Sin embargo, cuando la sustitución es *provocada* (nunca cuando es voluntaria) puede existir otra relación litigiosa más: la del *citante* (demandado) con el *citado* (tercero convocado a sustituir), cosa que explicaré en el #5.3.2 de esta Lección.

5. LA INTERVENCIÓN PROVOCADA DE TERCEROS

5.1. EL CONCEPTO Y SUS CARACTERES

Algo adelanté ya sobre el tema (ver el #4.1.2 de esta Lección), y allí remití a este punto por considerar que eso era conveniente para lograr una mejor comprensión de su concepto y caracteres (ruego que se haga ahora la relectura de dicho punto).

Definido antes este tipo de intervención, quiero hacer especial hincapié en algo ya afirmado: en general, tanto doctrina como legislación vinculan a este tipo de intervención con la que he dado en llamar *necesaria* y las *unifican* bajo la denominación de ésta, mostrando con ello que ninguna de ambas es voluntaria (además de *intervención necesaria,* también es llamada *obligada, coactiva* o *forzosa).*

En rigor de verdad, ninguna de las voces utilizadas denota cabalmente el fenómeno de que se trata: por lo pronto, el tercero *no está obligado* a comparecer, de donde resulta que no puede ser *coaccionado* al efecto. Se trata, simplemente, de una *carga procesal* generada por virtud de la citación, cuyo incumplimiento le hará sufrir los efectos contrarios a su interés de acuerdo con el caso de que se trate.

A su turno, la palabra *forzosa,* en cuanto es equipolente a *coactiva,* resulta inexacta por las razones recién aludidas; y en cuanto a su parecido con la voz *necesaria,* también está mal utilizada cuando se denomina con ella el supuesto de intervención *provocada* (que no es *necesaria).* Queda en claro, entonces, que la doctrina más actualizada acerca del tema relativo al origen de estas formas de intervención distingue entre dos tipos de voluntades:

1) la de la *parte originaria* que decide a su conveniencia el citar o no a un tercero, cuya presencia no puede ser impuesta por el juez. Tanto es así que el respectivo litigio es susceptible de ser tramitado y resuelto sin la citación del tercero interesado (esta es la intervención *provocada*) (art. 305);

2) la de la *propia ley* que requiere imprescindible citación del tercero que debiendo ser parte originaria (por versar el litigio acerca de una relación jurídica inescindible) no lo es.

El caso difiere notablemente del anterior: éste no puede ser tramitado ni, por supuesto, resuelto *sin la citación del tercero,* a quien cabe convocar al pleito aun contra la voluntad de alguna de las partes originarias.

En el tema que se halla en tratamiento interesa sólo el primero de tales criterios clasificatorios: se deberá entender en esta obra que una intervención es *provocada* cuando ella no depende de la voluntad del tercero ni de la ley sino sólo de la de una de las partes originarias.

En el # 4.1.2 de esta Lección expresé cuáles eran las situaciones que podrían generar la intervención provocada, la que es decidida por alguna de las partes a efecto de lograr una de cuatro finalidades que enumeraré en el #5.3 de esta Lección.

Los *medios procedimentales* adecuados para provocar la intervención del tercero varían en cada caso en orden a la finalidad tenida en cuenta al decidir efectuar la citación, cosa que se verá seguidamente.

5.2. LOS MEDIOS PARA PROVOCAR LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO

En orden a los posibles orígenes de este tipo de intervención (ver el # 4.1.2 de esta Lección) y a la finalidad tenida en cuenta por quien la provoca (ver el número siguiente), la doctrina acepta –aunque confusamente– la existencia de dos *medios*: la *denuncia del litigio* (o *denuncia de litis* o *litisdenuntiatio*) y *la citación en garantía* (o *llamada en garantía*), aunque a veces se da a uno los efectos del otro y viceversa.

En general, los distintos códigos no regulan estos medios y cuando alguno se refiere al tema también lo hace en forma que imprime toda suerte de dudas al intérprete, lo cual ha generado una jurisprudencia errática que hace casi imposible lograr una adecuada sistematización de su contenido.

Empero, si se razona con lógica y no con simple capricho, no puede ni debe haber confusión alguna.

Si se parte de cualquiera de los supuestos que pueden originar la provocación y se tiene en mira la finalidad procurada por la parte que decide convocar al tercero al pleito pendiente, se advertirá que siempre se tiende, en esencia, a

una de dos cosas: vincular al tercero a los efectos propios de la sentencia que se dicte en el proceso pendiente o a lograr una sustitución procesal.

Atendiendo a ello, y siendo convencional cualquiera denominación técnica –siempre que se asigne un contenido semántico claro a la voz que se utilice al efecto y no se le den extensiones o ampliaciones que lo tornen polivalente– propongo denominar *denuncia del litigio* al primer caso (vincular al tercero con los efectos de la sentencia) y *citación en garantía* al segundo (provocar la sustitución procesal).

Por supuesto, la cuestión semántica no es baladí: se trata de diferenciar casos que son disímiles y que, por tanto, tienen –y deben tener– efectos distintos.

Para lograr una mejor explicación de tema tan complejo prefiero diferir el análisis de cada uno de los medios de provocación para hacerlo junto con los posibles casos de provocación en orden a la finalidad buscada, cosa que haré en el número siguiente. Allí se encontrarán ejemplos que le permitirán al lector una comprensión más sencilla del tema.

5.3. LOS CASOS DE INTERVENCIÓN PROVOCADA EN ORDEN A LA FINALIDAD QUERIDA POR LA PARTE ORIGINARIA CITANTE

El distinto origen que pueden ostentar las posibles vinculaciones que muestra una parte originaria con el tercero a quien decide citar al pleito pendiente, permite afirmar que la provocación se efectúa en orden a lograr alguna de las siguientes finalidades:

1) evitar la deducción por el tercero de ciertas defensas en el juicio que eventualmente incoará contra él;

2) lograr que el tercero asuma la defensa del citante en el pleito pendiente y que eventualmente se haga cargo de las condenaciones que contenga la sentencia que allí se emita;

3) lograr que el tercero sustituya al citante en el pleito pendiente;

4) lograr la deducción de la demanda que el citante teme potencialmente del tercero.

Seguidamente analizaré los diferentes casos que intentan cumplir tales finalidades.

5.3.1. LA CITACIÓN PARA EVITAR LA DEDUCCIÓN POR EL TERCERO DE CIERTAS DEFENSAS EN EL JUICIO QUE EVENTUALMENTE INCOARÁ EL CITANTE CONTRA EL CITADO

El caso se presenta en *dos* supuestos que ofrecen importantes variantes:

5.3.1.1. CITACIÓN POR EL ACTOR PARA EVITAR LA DEDUCCIÓN POR EL TERCERO, EN EL PLEITO QUE EVENTUALMENTE LE INCOARÁ, DE LAS DEFENSAS PERSONALES PROPIAS DEL DEMANDADO EN EL PLEITO ORIGINARIO

Este tipo de citación provocada procede cuando la relación litigiosa originaria es el presupuesto de hecho de otra *relación jurídica* que une al actor (citante) con el tercero (citado), quien ostenta en el caso un grado de *afectación indirecta* pues la sentencia a dictarse respecto de la pretensión del citante *condiciona su propio derecho* contra el citado.

El tema ya ha sido explicado al analizar la intervención asistente (ver el # 4.2.3 de esta Lección).

Lo que corresponde hacer notar ahora es que en orden a la finalidad expuesta en el título, la provocación sólo puede hacerla el *actor* (nunca el demandado), pero con la particularidad de que el tercero será siempre *asistente del demandado* (nunca del actor).

Recalco también que todas las leyes procesales otorgan al asistente el carácter de *parte subordinada* a la principal a quien asiste y que ya he criticado tal solución con base en la necesidad técnica de otorgar o de mantener la coherencia interna del sistema. A este efecto, debe considerarse que el asistente es una *verdadera parte principal* luego de que se inserta en el proceso, pudiendo hacer procedimentalmente todo lo que no haga la parte principal (pues haciéndolo, mejora la condición de su propio derecho) y aun contra la voluntad de ella. Adviértase una vez más que si el asistente logra la absolución de su asistido erradica definitivamente la posibilidad de tener que afrontar una demanda del actor citante.

Va de suyo que, en esta tesitura, el tercero habrá de ser citado al proceso pendiente con todo el ritual que cada código exige para la parte principal y por medio fehaciente que permita en el futuro demostrar que no ignoraba la promoción del pleito ni su propia citación.

Empero, y tal como lo adelanté en el #4.2.3 de esta Lección, como la única relación litigiosa es la originaria (toda vez que aún no se ha dado el presupuesto de hecho que opera como condición para que el actor pueda demandarlo *actualmente*), en la sentencia que se dicte respecto de aquélla no se lo debe mencionar (salvo que se trate de alguna cuestión incidental propuesta por el asistente). En otras palabras: en cuanto al fondo del asunto no se lo condena ni se lo absuelve. Pero el juez debe dejar constancia de haberse efectuado la citación con el objeto de que la sentencia pueda cumplir sus efectos respecto del tercero (haya o no comparecido al pleito) en el proceso que eventualmente incoará en su contra el actor.

5.3.1.2. LA CITACIÓN POR EL ACTOR O POR EL DEMANDADO PARA EVITAR LA DEDUCCIÓN POR EL TERCERO, EN EL PLEITO QUE EVENTUALMENTE LE INCOARÁ UNO DE ELLOS, DE LA EXCEPCIÓN DE NEGLIGENTE O DEFECTUOSA DEFENSA DEL PROPIO CITANTE EN EL PLEITO ORIGINARIO

Este tipo de citación provocada procede cuando el tercero ostenta un grado de *afectación directa* respecto de la relación jurídica litigiosa, de donde surge que hay diversas personas *colegitimadas* por la ley para asumir el papel de actor o de demandado respecto de pretensión basada en relación jurídica *escindible* y, sin embargo, demanda sólo uno de los posibles actores o se demanda sólo a uno de los posibles demandados.

La *colegitimación* puede presentarse en casos de *conexidad causal* y de *afinidad:*

1) *caso de conexidad causal:*

Ejemplo clásico es el de codeudor solidario no demandado por el acreedor. En razón de que la solidaridad es una figura jurídica que rige sólo *externamente* a favor del acreedor pero no entre los propios codeudores, en su relación interna éstos deben responder conforme a lo que haya ocurrido en la realidad del acto generador de la obligación (puede que sean deudores por mitades, en proporciones diferentes o, finalmente, que uno de ellos sea el verdadero deudor y el otro sólo un fiador: eso es lo que surge, por ejemplo, de CC, 689, 716 y 717).

A la luz de lo expuesto, parece obvio destacar que si uno de los codeudores es harto solvente y, por ello, el elegido por el actor para ser único demandado, y en la relación interna con su codeudor no es el verdadero deudor, podrá repetir de éste todo lo que tenga que abonar como consecuencia de la sentencia de condena que se emita en el proceso incoado en su contra.

Para cuando esto ocurra, el codeudor demandado quiere evitar *desde ahora* que su codeudor no demandado le oponga en el pleito posterior la alegación de que se defendió mal, torpe o negligentemente en el proceso originario (afirmando, por ejemplo, que pudo deducir la excepción de prescripción y no la dedujo).

Para ello, la generalidad de las leyes le permite citar al tercero a fin de que venga a *coadyuvarlo* por lo mismo en su defensa, de modo que tenga conocimiento de todas sus alegaciones y medios de confirmación, para mejorarlos o suplirlos en caso necesario.

Así las cosas, el citado que interviene en el pleito puede ejercer un verdadero control de la actividad cumplida por el citante, a consecuencia de lo cual éste podrá repetir en lo futuro lo que ahora debe abonar sin que el eventual demandado (hoy tercero coadyuvante) pueda oponer como excepción decisiva su negligente defensa.

El caso ejemplificado también supone el inverso: un coacreedor (actor) cita a su coacreedor (tercero) para evitar de él una demanda en el supuesto de perder negligentemente la pretensión originaria.

De allí que haya puntualizado en el título de este tema que la provocación con la finalidad analizada puede ser hecha tanto por el actor como por el demandado;

2) *caso de afinidad:*

Un posible ejemplo se halla cuando la parte procesal originaria está en litigio en razón de un *derecho que no ha causado personalmente* –de tal modo, la relación jurídica le es ajena– pero cuya emergente pretensión debe afrontar procesalmente pues la ley lo ha *legitimado* para ello (si bien se advierte, el caso es diferente del anterior: aunque en ambos hay *colegitimados,* en aquél *todos son causantes* de la relación en tanto que en éste uno no lo es. Recuérdese la diferencia existente entre *conexidad causal* –identidad del hecho causal e identidad de imputación jurídica– y *afinidad* –identidad del hecho causal y no identidad de imputación jurídica–.

Como la posición jurídica de demandado en tal caso no impide que, oportunamente, pueda pretender repetir la prestación a la que puede ser condenado, la propia ley le permite en general provocar la citación del verdadero y real causante del derecho litigioso a los mismos fines enunciados respecto de la hipótesis anterior: que el tercero pueda controlar las defensas esgrimidas y quede vinculado así a los efectos propios de la sentencia que se dicte al finalizar el proceso. De tal modo, cuando posteriormente intente repetir lo pagado, evitará la articulación por su propio demandado de la excepción de indebida o negligente defensa.

Un caso práctico ayudará a comprender mejor el tema: CC, 1113 establece que la obligación de reparar "se extiende a los daños que causaren los que estén bajo su dependencia".

Racional y lógicamente, se ve claro que si Pedro, dependiente de Diego y en ocasión de cumplir tareas propias de esa dependencia, causa un daño a Juan, éste puede pretender primariamente que Pedro le brinde adecuado resarcimiento. Y se ve claro también que ningún vínculo fáctico une a Juan con Diego. Sin embargo, cual lo que ocurre con mucha frecuencia en el Derecho, la ley habilita a otras personas diferentes de las que se hallan en conflicto para poder ser actoras o demandadas, *legitimándolas* al efecto so pretexto de diversas y muy variadas razones que no es del caso analizar ahora.

Así, sin perjuicio de mantener la relación directa entre quien puede pretender (la víctima Juan) y quien debe *primariamente* la prestación pretendida (el dependiente Pedro, si es culpable), la ley permite que otra persona (Diego, patrono de Pedro) se vea en la necesidad de afrontar el carácter *originario* de demandado por la sola circunstancia de ostentar la *calidad* prevista en la ley (en el caso, *patrono*).

De allí que en la Lección 5 haya establecido el concepto de *afinidad:* a base de un *hecho dañoso* (el accidente) responderá Juan (*si* es culpable) y Diego (*si* es patrono de Juan y *si* Juan es culpable).

En otras palabras y reiterando idea anteriormente expuesta: a base de *un mismo hecho, dos personas responderán por imputaciones diferentes en orden a distintas calidades de legitimación otorgadas por la ley.*

El caso ya es idéntico al anterior de conexidad causal: si conforme a lo dispuesto en la normativa civil, el patrono que paga el daño causado por su dependiente culpable puede repetir de éste lo pagado, se ve con claridad cuál es el interés jurídico del demandado originario para vincular al resultado de la sentencia a quien es tercero respecto del proceso y, al mismo tiempo, colegitimado para actuar por ser, precisamente, el causante del daño a resarcir.

Por supuesto, y como ya se dijo anteriormente, tal interés le permitirá provocar la citación d el tercero no demandado para evitar en lo futuro la eventual deducción de la excepción de negligente o indebida defensa.

Otros ejemplos similares pueden ser extraídos de CC, 1125 (en cuanto a que el dueño del animal causante del daño, demandado por la víctima, puede citar a quien lo excitó), 1646 (en cuanto al director de la obra, que puede citar al proyectista en los supuestos de responsabilidad por vicios de la construcción), etc.

Adviértase ahora que en todos los supuestos de *repetición* de lo pagado, el que puede provocar la intervención del tercero es *siempre el demandado.*

Utilizando otras palabras para mostrar el fenómeno que estoy describiendo: el demandado originario (parte del litigio y no del conflicto, pues está legitimado legalmente para ser demandado aun cuando no es causante personal del daño a reparar) puede provocar la presencia del tercero (parte del conflicto y tercero en el litigio) con la mira puesta en una eventual repetición que intentará en el futuro *(no hoy, sino mañana),* luego de pagar y mediante la interposición de su propia demanda (es decir, *no en este proceso sino en otro que promoverá al efecto*).

Se desprende de lo dicho –deliberadamente reitero las ideas– que el tercero citado al proceso pendiente tiene obvio interés jurídico en que el citante salga absuelto de la pretensión ejercitada en su contra, pues con ello erradica la eventualidad de que se le dirija ulteriormente demanda de repetición. De allí la obvia *conveniencia* (razón por la cual la intervención también puede ser vo-

luntaria) de su participación en el pleito, vigilando las defensas esgrimidas para que sean adecuadas al caso.

Pero no se detiene aquí la facultad del tercero citado o espontáneamente comparecido: repárese en que él es *parte sustancial del conflicto;* o sea que, en el ejemplo dado, pudiendo ser parte originaria del litigio no lo fue por la simple razón de que el actor no lo demandó.

La confusión doctrinal que aún persiste acerca de todo este tema hace que la jurisprudencia generalizada insista en que debe extremarse el rigor de la estrictez cuando la citación la hace el demandado, so pretexto de que no se puede imponer al actor la tarea de litigar contra quien no quiere hacerlo. Los casos anteriormente mencionados demuestran el error de esta afirmación: cuando está en juego el *principio de seguridad* poco interesa la voluntad de las partes, ya que siempre debe existir *uniformidad de juzgamiento* en cuanto a la existencia y validez del *hecho causal* (que, como ya se vio en la Lección 12, tiene primacía absoluta tanto en los supuestos de conexidad por la causa como en los de afinidad).

De allí que quepa sostener que en todo supuesto de existencia de *colegitimados* en el cual uno sea demandado y el otro no, la citación provocada por quien es parte originaria le adjudica al tercero citado el papel de *codemandado* –aun contra la voluntad del actor– ya que la *relación jurídica común* o el *hecho causal común* habrá de ser juzgado por igual para ambos.

Por eso es que sostuve en el #4.2.2 de esta Lección que en el caso coexisten *dos* relaciones litigiosas (la originaria y la del actor –aunque no haya demandado– con el tercero colegitimado que asume el papel de demandado voluntariamente a raíz de la provocación efectuada en el respectivo proceso).

De ahí también que la sentencia deba *incluir* en la absolución o en la condena al tercero citado al pleito, cual si hubiera sido una parte originaria más: al fin y al cabo es *su propia relación jurídica* la que está siendo juzgada. Consecuencia material de esta afirmación es que el tercero colegitimado debe ser fehacientemente citado al proceso y seguirse a su respecto todos los pasos procedimentales que aseguren la vigencia de la idea de debido proceso (ver Lección 8).

Todos los casos enunciados en este número se conocen desde antaño con la denominación de *denuncia del litigio,* término que la doctrina ha hecho extensivo a otros supuestos que serán analizados en los números siguientes, y que, por responder a otras finalidades, deben ser llamados en forma diferente a efecto de evitar confusiones interpretativas.

Dentro de esta denominación encuadro también a la llamada *citación por evicción* cuando es efectuada por el actor, como se verá en el # 5.3.2.2.

5.3.2. LA CITACIÓN POR EL DEMANDADO PARA LOGRAR QUE EL TERCERO ASUMA LA DEFENSA DEL CITANTE EN EL PLEITO PENDIENTE Y QUE EVENTUALMENTE SE HAGA CARGO EN FORMA PERSONAL E INMEDIATA DE LAS CONDENACIONES QUE CONTENGA LA SENTENCIA QUE ALLÍ SE EMITA

Este tipo de intervención procede cuando la parte *demandada* (nunca la actora) se halla en pleito en razón de un derecho que *ella misma ha causado* (en lo cual se diferencia del caso de afinidad mencionado en el numero anterior) respecto del cual un tercero ajeno por completo a la relación material (conflicto) y a la procesal (litigio) debe responder en forma personal e inmediata, a consecuencia de lo cual tiene que asumir la defensa del demandado y, llegado el caso, hacerse cargo de las condenaciones contenidas en la sentencia.

Esto puede ocurrir en razón de que la parte que provoca la presencia del tercero (demandada-citante) tiene una propia relación legal o convencional con tal tercero que ostenta, con la litigiosa, un vínculo de *afinidad por dependencia directa,* mediante el cual dicho tercero ha tomado a su cargo una *obligación de garantía.*

Este fenómeno jurídico se conoce desde siempre con la denominación de *citación en garantía* (ver *supra,* #5.2).

Como se ve, no se trata aquí de que exista la simple posibilidad de repetir de otro colegitimado (cual se vio en el número anterior) sino de algo más: el citante aspira a que el citado pague *hoy* (no mañana, como ocurre en la denuncia del litigio) y *en este mismo proceso* (no en otro que promoverá al efecto, como ocurre también en la denuncia del litigio).

Antes de continuar, véase un rápido paralelo entre los dos medios técnicos posibles de provocar la presencia del tercero:

DENUNCIA DEL LITIGIO (por el demandado)	CITACIÓN EN GARANTÍA
La parte citante *puede no ser* la causante del derecho litigioso	La parte citante *siempre* es la causante del derecho litigioso
El actor *puede demandar* al tercero y no lo demanda	El actor *no puede demandar* al tercero por carecer de todo vínculo jurídico con él (a menos que medie un supuesto de legitimación específico, lo que hace variar el caso
La parte citante siempre puede repetir del tercero *en pleito posterior y sólo allí*	La parte citante siempre puede repetir del tercero, pero por el especial vínculo que lo une con él, *evita el pleito posterior haciendo que el citado asuma la condena en su propio proceso*

Adelantada la sinopsis de las diferencias que existen entre las dos figuras, quiero recalcar ahora que:

1) la comparación se hace sólo desde la óptica del demandado, pues el *actor no puede citar en garantía*;

2) en la *denuncia del litigio* –lo itero una vez más– el demandado pretende vincular al tercero con el resultado de su pleito para, eventualmente, intentar mañana, y mediante otro *proceso,* repetir lo hoy y aquí pagado, sin que ese tercero le pueda deducir ciertas defensas; en la *citación en garantía,* por lo contrario, la parte demandada pretende vincular al tercero para que pague *aquí y ahora, hoy y en este mismo proceso.*

De consiguiente, por virtud de las particulares características de la relación material (de garantía) que une a la parte originaria con el tercero, y utilizando al efecto el medio técnico denominado *citación en garantía,* el demandado (ahora *citante* pues desea ser *garantizado*) provoca la presencia del tercero (ahora *citado* en su calidad de *garantizador*) para que concurra al proceso pendiente y lo *sustituya* en su actuación procesal y para que, como consecuencia de operarse la sustitución, pueda el citante sustituido *extromitirse* del pleito.

Esta finalidad y tal resultado surgen con claridad meridiana de la norma contenida en los CPC italiano, 106[2] y 108[3], que instrumentó legalmente la figura, tal como se puede leer en nota al pie.

De tal modo, y como lo sostuve antes al criticar las restricciones legislativas en cuanto al tema, cabe poner de resalto que al extender a la parte originaria extromitida los efectos de la sentencia dictada contra el sustituyente (que asumió personalmente el pleito), se evita todo riesgo de insolvencia posterior de éste y queda incólume el derecho del actor, al mejorar su posibilidad de cobro en razón de que ha aumentado el número de sus deudores.

Sin embargo, las distintas normativas procesales de América no han contemplado, en general, este tipo de intervención, al menos con los alcances que he mencionado recién. Antes bien, algunos códigos la prohíben expresamente y disponen –ya se verá que erróneamente– que el citado debe comparecer siempre en calidad de *coadyuvante* o de *asistente* (una confusión más, al fin), nunca como *sustituyente.*

2 Su texto dice: "Cada una de las partes puede llamar a un tercero, si considera que la litis le es común (caso de la denuncia del litigio) o pretende de él una garantía» *(caso de la citación en garantía)*".

3 Su texto dice: "Si el garantizador comparece y manifiesta *que se hace cargo de la causa en lugar del garantizado,* éste puede solicitar, siempre que las otras partes no se opongan, *su exclusión del juicio.* Dicha medida es dispuesta por el juez, pero la sentencia de fondo dictada en el juicio *produce sus efectos también contra la parte que ha sido excluida*".

Pero la realidad jurídica se impone siempre al contenido equívoco o erróneo de una norma: en el terreno de los hechos se cumplen cabalmente los fines propios de esta figura. Repare el lector en que en materia de seguros de responsabilidad, por ejemplo, los aseguradores incluyen en las pólizas ciertas cláusulas por las cuales se reservan la dirección del proceso y la designación del defensor que actuará como mandatario del asegurado (notable forma de mandato ésta en la cual el mandatario recibe órdenes de un tercero, no del mandante): otra aplicación más del antiguo refrán: "hecha la ley, hecha la trampa...".

Resta explicar algo todavía: el porqué de la autorización de las partes originarias para que pueda operarse la extromisión del sustituido. Piénsese, al efecto, en pretensión de percibir una suma de dinero mayor que el monto de la cobertura del seguro y estará todo dicho.

Explicada hasta aquí la esencia de la figura, cabe advertir que mediante la citación se une la relación jurídica litigiosa entre actor y demandado con otra relación jurídica independiente que se da entre demandado y tercero, y que bien puede ocurrir que éste la desconozca o condicione. En otras palabras: la finalidad de lograr la sustitución puede no cumplirse en muchas ocasiones.

Por eso es que cabe ahora estudiar las posibles actitudes que puede adoptar el garantizador luego de haber sido citado en garantía por el demandado.

Tales actitudes son cuatro:

1) *sustitución*

El garantizador comparece al pleito para hacerse cargo de la defensa y asumir lisa y llanamente todas las responsabilidades del citante quien, a su turno, puede adoptar una de dos posibles actitudes:

1.1) *extromitirse del pleito pendiente,* perfeccionando la finalidad de la sustitución que pretendía efectivizar cuando provocó la presencia del tercero, pero siempre sabiendo que los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso tramitado en su ausencia le alcanzarán del mismo modo que si hubiera participado durante todo el curso procedimental;

1.2) *permanecer en el pleito pendiente,* no ya como parte originaria (calidad que pierde con la sustitución) sino como *coadyuvante* del sustituyente (la distinción es meramente académica pues son idénticos los efectos que derivan de una u otra calidad);

2) *asistencia*

En todo supuesto en el cual la respectiva ley procesal veda efectuar la sustitución (y, por ende, la extromisión del citante) –cual ocurre en la legislación argentina– el tercero que viene al pleito por provocación de la demandada no tiene

otra alternativa que adoptar la actitud de *asistente* (ver el #4.2.3) (en el lenguaje habitual de las leyes, se trata de la *intervención adhesiva simple*). Como es obvio, tanto este caso como el anterior sólo pueden ocurrir si el tercero acepta su calidad de garantizador. De ahí que, al tener la posibilidad de negar que ostente tal carácter, deba presentarse la siguiente opción:

3) *oposición*

Ocurre cuando el tercero citado en garantía por el demandado comparece al proceso y *niega (declina)* su calidad de garantizador. Cuando esto acaece, habida cuenta de la finalidad única de la citación (lograr que el garantizador se haga cargo *aquí* y *ahora* de la responsabilidad pretendida por el actor) la relación de oposición se presenta sólo entre *citante* y *citado*, entre quienes se dará un *nuevo litigio* que habrá de ser procesado en el *mismo procedimiento*, atendiendo a que toda citación en garantía implica esencialmente la *proposición de una demanda implícita por parte del citante contra el citado*.

De tal modo, quedan formados dos procesos lineales en el mismo procedimiento: el del actor contra el demandado-citante y el de éste contra el citado-tercero garantizador. Y ello es y debe ser así por cuanto si en su propia relación litigiosa el citante confirma la existencia de la garantía negada por el garantizador y la consecuente obligación de éste, el juez –uniendo los extremos de las dos relaciones *afines*– podrá condenar al garantizador (obviamente que *junto* con el garantizado) a pagar su acreencia al actor.

Con ello se ganó muchísimo en economía y en celeridad y se da un tratamiento procesal adecuado a las relaciones jurídicas que deben desenvolverse en un marco de total buena fe.

De lo expuesto surge el carácter de *verdadera parte procesal* –y principal– del tercero que compareció al proceso, por lo que resulta obvio afirmar que en caso de incomparecencia habrá que respetar todo el rito procedimental que cabe seguir contra el demandado para que no sea conculcado su derecho de defensa en juicio;

4) *abstención*

Significa que el tercero cuya citación provocó el demandado se desentiende por completo de su obligación y no concurre al pleito en el cual se practicó la citación.

En tal supuesto, y por las razones apuntadas en el caso precedente, el juez debe actuar como allí se explicó a los efectos de que cumplidos en ausencia los actos procedimentales que correspondan según un código dado, la sentencia que eventualmente se dicte contra el demandado pueda vincular al tercero renuente.

Como se comprende, la citación no ha cumplido en este caso su finalidad única y, por ende, no habrá sustitución (ni asistencia, cual ocurre en los casos

regulados por leyes que no admiten la extromisión) pero siempre existirá para el citante la posibilidad de repetir del citado lo pagado con motivo de la sentencia, sin que éste pueda deducir la excepción de negligente o indebida defensa.

5.3.2.1. EL CASO ESPECIAL DE LA FIGURA DENOMINADA *CITACIÓN EN GARANTÍA* POR LA LEY ARGENTINA EN MATERIA DE SEGUROS (Nº 17418)

Aunque el tema es esencialmente ajeno al que vengo desarrollando en esta Lección, debo mencionarlo para aventar dudas respecto de la confusa figura que, utilizando la denominación de otra, ha creado el legislador argentino.

Establece el art. 118 de la ley 17418 que "*El damnificado puede citar en garantía al asegurador* hasta que se reciba la causa a prueba... La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro. También el *asegurado puede citar en garantía al asegurador* en el mismo plazo y con idénticos efectos".

Dos instituciones claramente distintas coexisten en la norma recién mencionada: la *citación en garantía por el demandado* (la cual encuadra acabadamente en la descripción hecha en el número precedente) y la *"citación en garantía" por el actor*, que nada tiene que ver con aquélla.

La doctrina ha intentado definir a tan anómala figura jurídica (recuérdese que, según se ha dicho, la *citación en garantía* es un fenómeno que *sólo puede provocar el demandado)* con las explicaciones más dispares y, algunas, verdaderamente extravagantes: así se ha dicho que es una citación en garantía igual a la del medio técnico-procesal ya explicado, que es un supuesto de intervención forzosa por litisconsorcio necesario (?), ídem por ser un litisconsorcio impropio (!), que es una simple citación para actuar como coadyuvante autónomo, que es una acción directa autónoma y, finalmente, que es una acción directa no autónoma.

Como son diferentes las soluciones procesales a dar en cada uno de los casos concretos que originan tan disímiles explicaciones, se puede comprender la razón de la existencia de un caos interpretativo doctrinal que, por la influencia que siempre tienen los autores de nota sobre la formación de la jurisprudencia, hace que ésta no sea uniforme.

La consecuencia natural de ello es innegable: la anarquía jurisprudencial ha generado un profundo desconcierto en los abogados y en los justiciables en general, pues no conocen –y, lo que es peor, no pueden conocer– los pasos proce-

dimentales que deben recorrer con exactitud para obtener la satisfacción de un derecho litigioso.

No es del caso hacer en esta obra un desarrollo minucioso que por su extensión excedería el propio marco de cada una de tales explicaciones y las razones que demuestran la incorrección técnica de los argumentos que las sustentan.

Pero a fin de que no queden confusiones en el lector, cabe sólo decir que la figura de que se trata constituye una *verdadera acción* (pretensión) a la cual se la califica indebidamente con la palabra *directa* (que procesalmente nada dice por sí misma) que debe ser entendida como la contrapartida de la *acción subrogatoria.* De tal modo, se trata simplemente de una *legitimación extraordinaria* que el legislador ha puesto en cabeza de la víctima y del asegurador de su victimario para que aquélla pueda demandar a éste sin pasar *previamente* por una demanda contra el causante del daño (asegurado).

También excede el marco de esta obra la tarea de explicar cuáles fueron las razones políticas y económicas que exigieron tal solución del legislador, cosa que he hecho ya en otros trabajos[4].

5.3.2.2. EL CASO ESPECIAL DE LA LLAMADA *CITACIÓN DE EVICCIÓN*

La *garantía de evicción* encuadra acabadamente en la finalidad que vengo analizando y que procesalmente se conoce con la denominación genérica de *citación en garantía* (cuando la hace el demandado, no el actor).

Sin embargo, las soluciones procedimentales de los distintos códigos procesales (especialmente, CPCN, 105 y ss.) respecto de esta institución legislada sistemáticamente en todos los códigos civiles, generalmente no guardan congruencia lógica con el sistema ni con lo explicado recién. Se trata, simplemente, de una nueva confusión generada por las dificultades doctrinales del tema y cuya erradicación llevará aún mucho tiempo y esfuerzo autoral.

Tomando como base de esta crítica el sistema argentino –que servirá también para el de otros países– el problema arranca desde la propia ley de fondo, en razón de que el codificador ha normado como equivalentes a ciertas situaciones que son claramente incompatibles, lo cual constituye un evidente error conceptual que, si bien pudo admitirse a mediados del siglo pasado, hoy no se puede aceptar.

A primera y simple vista, parecería que la evicción sólo puede ser impetrada por el demandado.

4 Ver de Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1989, t. III, pág. 453 y ss.

El caso es bien común: Juan adquiere de Pedro un inmueble a título oneroso, que luego intenta reivindicar Diego (como es obvio, Juan debe citar a Pedro para que concurra al pleito pendiente, a fin de no perder la garantía).

Aunque la citación está impuesta por la propia ley civil, resulta claro que encuadra dentro del concepto de *provocada* y no en el de *necesaria,* toda vez que la relación en debate no es *inescindible* y que resulta perfectamente admisible que el demandado originario no cite a su deudor de evicción. Tanto es así que si ello ocurre, la sentencia que dirima la relación litigiosa originaria se puede emitir y devenir plenamente útil para la heterocomposición de las partes. Quien se habrá perjudicado es el demandado, que perderá la garantía por falta de evicción. Pero nada más.

Efectuada la citación, son variadas las soluciones procesales que ya tildé de incongruentes. Para mejor comprender el tema, debe tenerse presente que según lo dispuesto en CC, 2108, "el enajenante debe salir a la defensa del adquirente, citado por éste en el término que designe la ley de procedimientos, en el caso de que un tercero le demandare la propiedad o posesión de la cosa, el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho comprendido en la adquisición, o le turbare en el uso de la propiedad, goce o posesión de la cosa."

En razón de que "la obligación que resulta de la evicción cesa si el vencido no hubiese hecho citar de saneamiento al enajenante, o si hubiera hecho la citación pasado el tiempo señalado por la ley de procedimiento" (CC, 2110) cabe insistir en que la provocación no es voluntaria para el citante sino que le está impuesta por la ley so pena de perder la garantía.

Parece razonable sostener que cuando la citación la efectúa el demandado la solución procesal debe pasar por una actitud de *sustitución* por parte del tercero, con lo cual debe operar de la misma forma que la *citación en garantía.*

Sin embargo, CPCN, 109 prevé sólo la posibilidad de que ejerza una intervención *coadyuvante* (en rigor, y para guardar la coherencia del sistema, tendría que ser *asistente)* con el objeto de controlar las defensas esgrimidas por el citante, a quien de tal modo, no podrá oponer la excepción de negligente defensa en el posterior pleito que habrá de ser deducido para hacer efectiva su responsabilidad.

Conforme llevo dicho anteriormente, la mera *citación* del tercero será suficiente para vincularlo a los efectos de la sentencia que se emita en el proceso originario, de donde resulta que su incomparecencia –claro incumplimiento de una carga procesal– no puede mejorar su derecho en el pleito que eventualmente se propondrá en su contra. Sin embargo y no obstante lo dispuesto en CC, 2110, el art. 2112 establece que "la obligación por la evicción cesa también si el

adquirente, *continuando* la defensa del pleito, dejó de oponer por dolo o negligencia las defensas convenientes, o si no apeló la sentencia de primera instancia o no prosiguió la apelación...".

Como se ve con facilidad, la norma es la antítesis de la contenida en el art. 2110, pues si la citación deviene por mandato legal so pena de perder la garantía, y su único fundamento es el de evitar, en el juicio que en el futuro se incoará contra el enajenante, la excepción de negligente defensa, no alcanza a comprenderse cómo es posible que opere el art. 2112 pues su texto supone que el enajenante fue citado y no concurrió al proceso pendiente. De donde cabe colegir que la sola ausencia del tercero luego de ser debidamente citado, lo vincula al resultado del pleito en el cual, pudiendo controlar las defensas del citante, no lo hizo por su propia voluntad.

Dije antes que, a primera vista, la evicción sólo juega para el demandado. Sin embargo, todos los códigos procesales legislan desde antaño la posibilidad de que *también pueda citar el actor.*

Véanse algunos casos: supóngase que Juan adquiere de Pedro un inmueble a título oneroso y obtiene su posesión: al tiempo de ocuparlo, encuentra que está habitado por Diego, quien alega un mejor derecho. Considerándolo intruso a Diego, Juan incoa un juicio por desalojo en el que, obviamente, se discutirá la calidad en la cual aquél ocupa el inmueble. En razón de que la turbación es de *derecho,* Juan debe citar de evicción a su enajenante Pedro, pues si su demanda finalmente se rechaza, procederá contra él una pretensión de resarcimiento. Adviértase finalmente que si la demanda es estimada, Pedro no responderá por la turbación de *hecho* (CC, 2091, segunda parte).

Otro ejemplo: Juan compra un inmueble a Pedro, y alegando la existencia de una servidumbre (que no es legal ni aparente, CC, 2091, segunda parte), Diego la ejerce pasando por el inmueble adquirido. En el caso, Juan debe promover contra Diego una *acción negatoria* (CC, 2800) con el objeto de que cese en su turbación, que le impide la libertad del pleno ejercicio de su derecho real. Si se acoge la demanda parece claro que Juan no tendrá ningún derecho a reclamar de Pedro (CC, 2117). Pero si se rechaza por reconocerse la existencia de la servidumbre de paso, el enajenante deberá resarcir al comprador los daños y perjuicios sufridos si se dan, por cierto, los demás requisitos para tornar admisible la responsabilidad por evicción.

Va de suyo que en estas hipótesis no puede darse la actitud sustituyente. Antes bien, la citación se efectúa en los términos explicados en el #5.3.1.2 al sólo efecto de que el tercero no pueda oponer la excepción de negligente defensa.

Por tanto, la *citación de evicción* por el actor constituye sólo uno de los supuestos posibles de *denuncia del litigio* (y *no de citación en garantía*).

Una explicación final: ya sabe el lector que en esta obra no he mencionado una concreta normativa a fin de poder mostrar el puro fenómeno jurídico descarnado de los ribetes legales que lo adornan y que siempre son contingentes. Sin embargo, en este número he debido apartarme de tal tónica al hacer mención puntual de diversas normas civiles y procesales. Pero no he podido hacer otra cosa para demostrar el desajuste que existe entre las doctrinas civilistas y procesalistas y entre las respectivas legislaciones acerca de una y otra materia.

5.3.3. LA CITACIÓN POR EL DEMANDADO PARA LOGRAR QUE UN TERCERO LO SUSTITUYA EN EL PLEITO PENDIENTE POR SER EL ÚNICO Y VERDADERO LEGITIMADO PARA ASUMIR EL PAPEL DE DEMANDADO

Este tipo de intervención provocada procede en todo supuesto de demanda fundada en derecho real que es dirigida contra el *tenedor* de una cosa ajena (arrendatario, comodatario, depositario, etc.) en lugar de ser entablada contra el *propietario* o el *poseedor* de ésta, quienes son los verdaderos *legitimados* para asumir el papel de parte procesal.

El caso se conoce doctrinalmente con la denominación de *nominatio* o *laudatio auctoris.*

La solución que emerge del propio sistema procesal para lograr que el actor encauce adecuadamente su demanda es la *excepción de falta de legitimación manifiesta para ser demandado,* que explicaré en la Lección 18.

Pero la admisibilidad de tal excepción es relativamente moderna. De ahí que las codificaciones civiles hayan previsto esta hipótesis en sus respectivos cuerpos legales al establecer que, cuando ello ocurre, el demandado originario debe citar al propietario o poseedor para que concurra al pleito pendiente a asumir su carácter, produciéndose con ello –y por sus efectos– una plena *sustitución* con la consiguiente *extromisión* del citante.

Ejemplos de este tipo de citación pueden ser extraídos de CC, 2782; 1530 2464 y 2880; etc.

Atendiendo a que este tipo de citación tiende a lograr que el proceso se desarrolle normalmente con los verdaderos legitimados para actuar en él, elementales razones de economía y celeridad aconsejan que deba ser admitido judicialmente aun en defecto de norma procesal que ello indique.

5.3.4. LA CITACIÓN PROVOCADA POR EL ACTOR O POR EL DEMANDADO PARA LOGRAR LA DEDUCCIÓN DE LA DEMANDA QUE EVENTUALMENTE TEME EL CITANTE DEL TERCERO CITADO

Este tipo de citación provocada procede cuando alguna de las partes origina-

rias teme la demanda eventual de un tercero que afirma o a quien se ha atribuido la titularidad del derecho litigioso, para evitar lo cual provoca su presencia en el proceso pendiente a fin de que allí haga valer su pretensión.

Cuando esto ocurre, el citado puede asumir dos actitudes básicas:

1) *comparecer* al pleito y, allí,

1.1) *ejercer su propia pretensión* contra quien corresponda, presentándose así un tipo de intervención excluyente (ver el # 4.2.1);

1.2) *afirmar que nada pretende,* con lo cual queda desde ahora mismo elucidada la situación y erradicada la posibilidad temida por el citante;

2) *abstenerse de comparecer,* en cuyo caso la simple demostración fehaciente de la citación permitirá que el citante le oponga los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso pendiente cuando el tercero llegue a deducir la demanda temida por el citante.

La doctrina denomina a este tipo de provocación como *citación del tercero pretendiente,* que puede ser efectuada:

1) *por el demandado*

Supóngase que Juan reclama un crédito a Pedro, quien cree fundadamente que fue cedido por el mismo Juan a Diego; como puede temer razonablemente una demanda de éste acerca del mismo crédito y desconoce quién es el verdadero acreedor en la realidad, lo cita al pleito pendiente para que allí se elucide quién debe percibir la acreencia.

La hipótesis genera dos situaciones distintas:

1) si el deudor Pedro resiste la pretensión contra Juan, también lo hará contra Diego, de donde resulta que éste habrá de intervenir en el pleito como un tercero *excluyente,* con las facultades ya vistas en el #4.2.1 de este Lección;

2) si el deudor Pedro acepta su carácter de tal pero ignora de quién lo es, citará a Diego y dará en pago lo reclamado a las resultas del pleito. Con ello logrará extromitirse del litigio, en el cual permanecerán Juan y Diego discutiendo acerca del carácter de acreedor que ambos afirman;

2) *por el actor*

Supóngase que Juan pretende pagar por consignación una deuda cuyo acreedor es Pedro, pero cuyo derecho a percibir resulta dudoso pues Diego concurrió a exigirlo de Juan (ver el caso en CC, 757, 4° y 2211).

En este supuesto, Juan demandará a Pedro y citará a Diego para que haga valer su pretensión (contra Pedro) en el pleito pendiente. Las implicaciones del caso son similares a las vistas precedentemente.

Con esto termino la explicación del fenómeno de la intervención provocada. Comprenderá ahora el lector por qué no pude desarrollarlo íntegramente en el #4.1.2.

6. LA INTERVENCIÓN NECESARIA

Este tipo de intervención tiene lugar:

1) en todo supuesto de hallarse en litigio una relación jurídica *inescindible,* tal como lo expliqué en el # 8.2.2 de la Lección 12 y en el # 4.1.3 de esta Lección;

2) la doctrina generalizada afirma que también tiene lugar respecto de una relación litigiosa *escindible* cuando así lo dispone la ley en cada caso.

Pero ya se ha visto que la *necesariedad* de la citación se refiere a una simple *provocación* que debe hacerse para no perder un derecho o habilitar una pretensión regresiva. De consiguiente, este caso no debe ser visto como uno típico y propio de la intervención necesaria.

En esta Lección me he concretado a presentar el complejo problema jurídico que siempre ostenta el tema relativo a la intervención de terceros, adoptando algunas posiciones y criticando otras y ciertos regímenes legales.

Como siempre –y aquí más que respecto de otros temas– el lector deberá leer detenidamente el código procesal que le interese para poder conocer cómo opera el instituto en la normativa vigente, algunas de cuyas graves lagunas ya podrá llenar después de comprender en qué consiste el fenómeno y cuáles son sus implicaciones probables.

7. TERCERÍAS

No obstante el aparente parentesco existente entre las voces *tercero* y *tercerista,* éste no se convierte en parte en el litigio pendiente, toda vez que le está vedado discutir la relación allí debatida. Por ello, el tema será tratado en la Lección 16.

LECCIÓN 16

LOS TERCEROS NO INTERESADOS QUE NO SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES

SUMARIO

1. Concepto y razón de ser de la explicación
2. Terceros que, interviniendo en el proceso, no se convierten en partes
   2.1. Testigo
   2.2. Traductor e intérprete
   2.3. Perito
   2.4. Tasador
   2.5. Delegado técnico o *perito de parte*
   2.6. Depositarios judiciales
   2.7. Secuestre
   2.8. Subastador o martillero
   2.9. Notario o escribano público
   2.10. Diligenciador
   2.11. Oficina de Correos
   2.12. Tenedor de un documento que interesa a las partes
   2.13. Fiador judicial
   2.14. Corporaciones profesionales
   2.15. Terceristas
   2.16. Interventor judicial
   2.17. Beneficiarios de la tributación fiscal

1. EL CONCEPTO Y LA RAZÓN DE SER DE LA EXPLICACIÓN

Ya ha visto el lector en las Lecciones 12, 13 y 14 quiénes son los sujetos *necesarios* del proceso y supongo que aprendió a distinguir entre el *juzgador* (y todos sus auxiliares) y las *partes procesales* (actor, demandado y demandado por el reconviniente). También ha visto en la Lección 15 que hay sujetos *eventuales* del proceso (pueden intervenir o no), entre los cuales se hallan quienes tienen algún interés en el resultado final del litigio (porque de alguna ma-

nera están vinculados al conflicto): éstos son los terceros que *pueden convertirse en partes procesales* y que, a partir de allí, pierden la calidad de *terceros* para designarse finalmente como *partes procesales sucesivas*.

Resta ahora mostrar la lista de personas que pueden intervenir en un proceso en distintas calidades y que no logran acceder jamás a la categoría de *parte procesal* del litigio, respecto del cual siempre son *terceros* (se supone que, como tales, son indiferentes e independientes).

Sin ánimo de ser exhaustivo, tales terceros son: el *testigo*, el *intérprete* y el *traductor*, el *perito* y el *tasador*, el *delegado técnico*, el *secuestre*, el *depositario judicial*, el *subastador*, el *notario*, el *diligenciador*, la *oficina de correos*, el *tenedor de un documento* que interesa a las partes, el *fiador judicial*, las *corporaciones profesionales*, los *terceristas*, los *interventores judiciales*, los *beneficiarios de la tributación fiscal*, etc. Por supuesto, esta nómina se suma a la de abogados, procuradores, representantes legales y convencionales y gestores procesales que ya especifiqué en la Lección 15.

Todos ellos tienen distintas intervenciones que pueden llegar a alterar el estado o el resultado del litigio o devienen necesarios para cumplir tareas ajenas al oficio judicial; aún más, pueden exigir eventualmente una retribución o una compensación a alguna de las partes, a raíz de lo cual es posible que se formalice un nuevo y propio proceso conexo al principal donde se cumplió la actuación.

Tal es la razón por la cual desarrollaré esta Lección, cuyo contenido no se encuentra habitualmente en los demás libros de la asignatura. Antes bien, cada una de las figuras recién mencionadas (nunca las he visto explicadas a todas juntas) es presentada al estudiar la prueba, la ejecución de la sentencia, la subasta, etc., por lo cual el lector carece de la cosmovisión del tema que pretendo tenga en esta obra.

2. LOS TERCEROS QUE, INTERVINIENDO EN EL PROCESO, NO SE CONVIERTEN EN PARTES DEL LITIGIO

Me referiré a cada uno de los mencionados en el párrafo anterior.

2.1. EL TESTIGO

Es *testigo* la persona física que ostenta la calidad de *tercero* (no parte) en un proceso dado y que, por haber percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, olfato, oído, tacto, gusto) un hecho que es materia del litigio, puede ser llamado por alguna de las partes o por el juez para declarar en el proceso con el objeto de confirmar una afirmación de parte negada por la otra.

Por supuesto, la regulación procedimental de todo lo atinente al testigo y a su testimonio es contingente y, como tal, cambiante en las distintas legislaciones. Sin perjuicio de que el lector ocurra a una concreta normativa que pueda interesarle, señalaré aquí las generalidades del tema en orden a un gran número de leyes que lo desarrollan de manera similar respecto de los requisitos para ser testigo, de sus deberes y de su retribución.

2.1.1) *Los requisitos para ser testigo*

a) es habitual que se exija una edad mínima que la mayoría de las leyes establece en *catorce años* (art. 203). Sin embargo, menores de esa edad pueden ser interrogados por el juez, aunque sin sufrir los apercibimientos que luego se verán y que alcanzan a todos los demás que prestan testimonio (esto ocurre generalmente en litigios del derecho de familia y, sobremanera, en los que se discute la tenencia de esos mismos menores);

b) se requiere también que el testigo no sea cónyuge, pariente o afín (en determinados grados que varían en cada ley) respecto de alguna de las partes del litigio, a menos que haya sido agente o testigo instrumental de un acto jurídico y la declaración deba versar sobre éste o que verse sobre el nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de personas de su familia (art. 217).

2.1.2) *Los deberes del testigo*

Salvo el supuesto de menor de catorce años, para quien el juez actuante arbitrará la forma, lugar y tiempo de su interrogación y salvo quienes no son testigos admisibles (art. 217), todo testigo está sujeto a cumplir tres actividades distintas que conviene diferenciar adecuadamente en orden a la sanción que el incumplimiento de cada una de ellas puede ocasionar.

La primera es la obligación de *comparecer* en el tiempo fijado al efecto ante los estrados del juez que lo convocó en tal carácter (art. 203). De no hacerlo así sin causa justificada, puede ser conducido por la fuerza pública y, además, sometido a denuncia penal por la comisión de delito de acción pública (art. 203; CPen, 243).

Están exentos de esta obligación ciertos funcionarios públicos que en cada caso detallan las leyes en particular (art. 215) los ancianos o enfermos que no pueden desplazarse (art. 214). Aquéllos declaran mediante un *informe* escrito y los segundos son interrogados en su propio domicilio por el juez actuante.

La segunda actividad es la obligación de *declarar* o *prestar testimonio* bajo juramento de decir verdad (art. 209), no pudiendo el testigo guardar silencio ante la interrogación respectiva a menos que:

a) se trate de sacerdotes, médicos, parteras, abogados, etc., a quienes protege el *secreto profesional* respecto de todo lo que se les comunicó confidencialmente en el ejercicio de su ministerio o profesión (art. 216);

b) la respuesta que se le exige pueda comprometer su honor o exponerlo a enjuiciamiento penal (art. 218, 1°) y

c) no pueda responder sin revelar un secreto científico, artístico o industrial (art. 218, 2°).

Si el testigo no cumple con este deber, puede ser sometido a arresto hasta tanto declare o, en algunos casos, sometido a enjuiciamiento penal.

La tercera actividad es la de *decir la verdad acerca de lo que se le interroga*. Caso de no hacerlo así, el mentiroso es procesable por el delito de falso testimonio (CPen, 275).

2.1.3) *Retribución del testigo*

Como el testigo cumple una carga pública inherente a la vida en sociedad, parece obvio destacar que no puede aspirar a retribución alguna por prestar su testimonio. Sin embargo es habitual que las leyes permitan que reclamen una indemnización por el tiempo insumido (máxime si es asalariado por jornal) o una suerte de viático que cubra los gastos que hubo de afrontar para concurrir al tribunal (piénsese en testigo que reside fuera de lugar del juicio) (art. 219).

Todo lo relativo al testimonio, su técnica, oportunidad, formas y eficacia confirmatoria de la declaración, será explicado en la Lección 19. Como esta remisión vale también para todos los demás sujetos que seguidamente enunciaré, me abstendré de reiterar la aclaración en el resto de esta Lección.

2.2. EL INTÉRPRETE Y EL TRADUCTOR

Pocas cosas son tan difíciles y complejas como el litigar expresándose en una lengua distinta a la materna. (Precisamente esa es una de las ventajas del arbitraje internacional: la libre elección del idioma a usar en el proceso).

De ahí que cuando quien debe declarar en juicio –parte, testigo (art. 210) o informante– no habla el idioma castellano, las leyes le posibilitan y brindan la ayuda de un *traductor* para que traduzca de una lengua a otra y, en su caso, de un *intérprete* que explique o aclare el sentido de alguna expresión no hablada[1].

1 El traductor parte de una lengua y traslada a otra lo escrito o hablado en ella. El intérprete hace lo mismo pero con mímica: por ejemplo, le explica gestualmente a un sordo lo que oye hablado por otro.

Del mismo modo, cuando se presenta en juicio un documento que se halla redactado en idioma extranjero, es menester que se encuentre traducido por un *traductor* reconocido como tal.

Por supuesto, el intérprete y el traductor se convierten de hecho en *testigos* que deben desempeñar sus cometidos sujetos a los mismos deberes genéricos ya vistos en el número anterior. Y bajo similar juramento de proceder rectamente (art. 191) puesto que la ley les otorga el mismo trato que a los demás peritos.

Pero contrariamente a lo explicado respecto de los testigos, tanto el intérprete como el traductor tienen derecho a percibir una retribución por su trabajo que, en defecto de pacto con la parte interesada, establecerá en cada oportunidad el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso (ver, asimismo, LOPJ, 361).

2.3. EL PERITO

En general, denomínase *perito* a la persona que conoce y tiene experiencia o habilidad o práctica en alguna ciencia o arte. En este sentido, puede o no exhibir un título oficial (no siempre es necesario ello ni todas las leyes lo exigen para que pueda emitirse un dictamen pericial) (art. 188).

En el lenguaje procesal es *perito* quien es llamado al pleito para que emita una *opinión* o *parecer* o *dictamen* acerca de algún punto litigioso, a fin de confirmar una afirmación de alguna de las partes procesales, con el objeto de ayudar al juez (no técnico en todas las ciencias y artes) a mejor comprender el tema de la discusión.

Por supuesto, al aceptar el cargo el perito presta juramento de desempeñarlo lealmente (art. 191) y debe someter su tarea a una serie de requisitos que, por su extensión y carácter contingente, no serán materia de esta obra. Sin embargo, el lector encontrará en la Lección 19 todo lo relativo al valor y eficiencia de la pericia.

El perito que cumple idóneamente con su cometido tiene derecho a una retribución que, en la mayoría de los casos, es fijada por el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso (arts. 255 y 198; LOPJ, 361).

2.4. EL TASADOR

El *tasador* es un perito (y, como tal, sujeto a todas las condiciones propias de los peritos) en la tarea de evaluar cosas a efectos de fijar el precio que tienen en ciertas circunstancias.

La actividad que cumple tiene importancia jurídica en numerosos casos y, especialmente, en el derecho sucesorio, donde quien actúa como tal también lo

hace en carácter de inventariador de los bienes relictos (ver, p. ej.: arts. 600 y ss.; asimismo, LOPJ, 360 y 361).

Por ser esencialmente un perito, se aplican al tasador las observaciones antes efectuadas.

2.5. EL DELEGADO TÉCNICO O *PERITO DE PARTE*

Algunas leyes procedimentales acuerdan la posibilidad de que cada una de las partes en litigio pueda designar a un *delegado técnico* (art. 193) o *perito de su parte* para que controle las tareas realizadas por el perito judicial antes de redactar el dictamen que presentará al juez.

El sentido de la figura es asegurar un adecuado derecho de defensa a la parte mediante un control que ella no puede ejercer personalmente por carecer de los conocimientos necesarios al efecto.

Por supuesto, su tarea merece una retribución que será afrontada siempre por la parte que lo designó y cuyo importe no podrá repetir del condenado en costas. Ya se comprenderá el tema cuando se llegue a la Lección 19.

2.6. EL DEPOSITARIO JUDICIAL

En general, es *depositario* la persona que recibe de otro (llamado *depositante)* una cosa en calidad de *depósito*, obligándose civilmente y bajo sanción penal a conservarla, a abstenerse de usarla y a devolverla cuando sea requerida al efecto.

Es *depositario judicial* la persona (puede ser el mismo interesado o, más corrientemente, un tercero) a quien se entrega la tenencia de una cosa mueble embargada o de una cosa inmueble cuya posesión se quitó al poseedor, como consecuencia de una medida cautelar (art. 460, 463) (ver Lección 28) o de la necesidad de subastar la cosas.

Para la formalidad de la constitución del carácter de depositario, éste debe aceptar el cargo bajo juramento de desempeñarlo lealmente.

Siendo una tarea que no constituye carga pública, el depositario (cuando es un tercero) tiene derecho a una retribución que fijará el juez conforme a las circunstancias del caso.

2.7. EL SECUESTRE

Denomínase *secuestre* en algunas legislaciones a la persona física que cumple funciones de custodio o depositario de bienes embargados y, también, de interventor administrador cuando el embargo se efectúa en establecimientos

industriales o comerciales. Presta fianza para el desempeño de su función y tiene derecho a retribución en orden a las tareas realizadas.

2.8. EL SUBASTADOR O MARTILLERO

Se entiende por *remate* la venta pública de bienes mediante el sistema de puja de ofertas entre los concurrentes al acto convocado al efecto, con la implícita condición de aceptarse como precio de venta el señalado por la mayor oferta. Se acepta desde antiguo que cuando el remate se efectúa bajo la autoridad de un magistrado recibe la denominación de *subasta* (designación que en la jerga tribunalicia es sinónimo de *remate*). De ahí que el *subastador* (o el *martillero* o el *rematador*) sea la persona física que procede a regular las ofertas que emiten los asistentes al acto y a aceptar la oferta final.

En todos los ordenamientos procedimentales, el subastador es importante figura: mediante su labor se procede materialmente a ejecutar la sentencia que ordena vender bienes del deudor para satisfacer el derecho del acreedor.

Aunque el simple rematador es un típico auxiliar de comercio y, como tal, sujeto a la ley respectiva, cuando actúa en el proceso lo hace por mandato de un juez, de quien se convierte en su auxiliar para el caso, sujeto como tal a un cúmulo de deberes fijados por la ley procesal y que debe cumplir inexorablemente bajo posibilidad de ser sancionado por la autoridad que lo designó.

Por supuesto, el subastador ejerce una actividad que debe ser remunerada por los interesados. Su estipendio recibe el nombre universal de *comisión* que la propia ley fija en orden al tipo de bienes a subastar.

Cuando la subasta fracasa, tal remuneración se conoce como *falsa comisión* que regula el juez actuante en orden a la importancia de los bienes en juego (Lp 7547).

2.9. EL NOTARIO

Denomínase *notario* o *escribano* al funcionario público a quien la ley otorga la competencia específica de dar fe de los actos que pasan ante él. En el campo del proceso, la función *fedataria* es cumplida por el *secretario* (ver Lección 14).

No obstante la similar actividad desarrollada por secretario y notario (o escribano) –ya que ambos producen *instrumentos públicos*– se encuentra al exclusivo cargo de éste la expedición de *escrituras públicas*, necesarias cuando debe instrumentarse un acto de venta inmobiliaria con motivo u ocasión de un proceso (recuérdese que en el derecho argentino, y salvo que el interesado así lo exija, ello no es necesario en el caso de subasta, en el cual el *título* del comprador está representado por la propia acta de remate).

Del mismo modo ocurre respecto de la pretensión de *escrituración* de un bien registrable: si el demandado que ha sido condenado al efecto no acata espontáneamente la condena, la respectiva escritura traslativa de dominio es otorgada por el mismo juez actuante como única manera de poder cumplir la sentencia.

De allí que, eventualmente, sea menester la presencia de un escribano en el proceso –por designación de las propias partes interesadas o, en su defecto, por el juez– para llevar a cabo un cometido propio de su profesión. Cuando esto ocurre, su actividad es remunerada conforme con las pautas de la ley respectiva.

2.10. EL DILIGENCIADOR

Denomínase *diligenciador* a la persona física designada por el juez en calidad de auxiliar para llevar materialmente a cabo una actividad necesaria para el desarrollo del proceso y que debe cumplirse en lugar distinto al de la sede judicial (notificación en otra ciudad, tramitación ante otra autoridad, etc.) (art. 60 y ss).

Algunos *diligenciadores* se encuentran habitualmente registrados como personal de planta del propio Tribunal (v.gr.: los notificadores). También lo son los mismos profesionales del derecho (abogados, procuradores, etc.) (art. 25) que actúan ante otras autoridades por autorización judicial para la consecución de ciertos actos. Por supuesto, sólo éstos tienen derecho a retribución en orden a la tarea efectivamente cumplida.

2.11. LA OFICINA DE CORREOS

En algunas leyes argentinas (v.gr.: la de Santa Fe) la oficina oficial de Correos es persona autorizada para diligenciar una notificación librada como *carta certificada con acuse de recibo* y enviada al domicilio de una de las partes litigantes (art. 66).

Cuando se utiliza este medio de notificación, las piezas recibidas en día y/o hora inhábil surten sus efectos procesales a partir de la hora cero del primer día hábil posterior.

El gasto que demanda el despacho postal es provisto por el interesado e integra las costas del proceso.

2.12. EL TENEDOR DE UN DOCUMENTO QUE INTERESA A LAS PARTES

Al regular el procedimiento confirmatorio (o *probatorio*, en el habitual lenguaje de los códigos), todas las leyes establecen que cuando una persona ajena al litigio (tercero) tiene en su poder un documento cualquiera relativo a la cuestión litigiosa, tiene el deber de exhibirlo a requerimiento judicial o a designar el protocolo o archivo en el cual se halla el original (art. 173).

Si el tercero resiste la exhibición puede ser obligado compulsivamente a hacerlo y es civilmente responsable por los daños y perjuicios causados por su resistencia.

2.13. EL FIADOR JUDICIAL

Denomínase *fiador* a la persona que asume frente al acreedor de un tercero la obligación actual o potencial de cumplir lo debido por el deudor cuando éste no lo haga.

Es *fiador judicial* la persona que actúa garantizando el cumplimiento de una obligación *potencial* que surgirá –o no– con motivo u ocasión del proceso (art. 277). Por ejemplo, en materia penal, el fiador garantiza económicamente que un liberado provisional concurrirá al juicio cuando sea requerida su presencia por el juez; en materia civil, garantiza el resarcimiento de los perjuicios que eventualmente ocasionare una medida cautelar trabada sin derecho (ver la Lección 28).

2.14. LAS CORPORACIONES PROFESIONALES

En la década de los años '50 una fuerte corriente corporativista en creciente auge en toda América dominó el ejercicio de la mayoría de las profesiones liberales y, entre ellas, la de los abogados y procuradores, so pretexto de lograr la concreción de un espíritu solidarista de asistencia recíproca entre ellos. Y así, la ley creó distintas corporaciones con la denominación de *colegios de abogados* o *colegios de procuradores,* a los cuales otorgó el control absoluto de la matrícula profesional y encomendó la tarea de lograr una adecuada asistencia y seguridad social mediante la cobertura de sus enfermedades y el otorgamiento de jubilaciones y pensiones.

De tal modo, es la institución la que autoriza desde entonces la actividad abogadil y, por supuesto, la que puede vedarla por diferentes razones (falta de pago del arancel de la matrícula, sanción por falta ética, etc.). De ahí que la entidad pueda llegar a tener actuación como tercero que no se convierte en parte en un proceso dado, al solo efecto de peticionar la extromisión de un defensor, con las consecuencias que son de imaginar...

Otras legislaciones separan tales funciones, otorgando a una entidad el control de la matrícula y a otras la asistencia y seguridad social (*Cajas Forenses, Cajas de Jubilaciones*, etc.). Cuando esto ocurre, las respectivas instituciones es-

tán legitimadas por la ley para intervenir activamente en todo proceso en defensa de la retribución de la función abogadil, pues el patrimonio social se forma con una cuota participativa de cada regulación de honorarios.

2.15. LOS TERCERISTAS

En la Lección 15 (donde remití a este punto) he desarrollado el tema relativo a los *terceros que se convierten en partes* de un proceso determinado, dándoles la denominación de *terceros intervinientes* o de *terceros legitimados,* mostrando que todos ellos pueden llegar a ser *partes del litigio* por haber sido o poder ser *partes del conflicto.*

En este tópico me referiré a los *terceros ajenos al conflicto y al litigio* y que, sin embargo, sufren personalmente alguno de sus efectos: son todos aquellos a quienes las diferentes leyes denominan *terceristas* (art. 320).

La típica situación prevista en la mayoría de los ordenamientos legales alcanza a dos supuestos:

1) El tercero, en su calidad de *propietario* o de *poseedor* de una cosa, sufre los efectos del embargo de ella trabado en litigio en el cual no es parte procesal (art. 321, 1° párrafo). La hipótesis es relativamente frecuente: piénsese en dos personas homónimas (por ejemplo, padre e hijo) de las que una (en el caso, el hijo) se halla demandada por su acreedor quien sale a embargarle bienes y, por la razón que fuere, traba la cautela sobre los que el otro (el padre) es propietario o poseedor.

Habitualmente, las leyes otorgan al tercero afectado la posibilidad de pedir el levantamiento *liso y llano* (inmediato) del respectivo embargo, comprobando liminarmente su propiedad o posesión actual (art. 324). Si ello no se puede hacer (por carencia de elementos confirmatorios indubitables o porque la ley no brinda tal oportunidad), le queda al afectado –ahora *tercerista de dominio* o de *posesión*– la posibilidad de deducir su *propia demanda de tercería* contra las partes originarias del proceso, sin poder intervenir en momento alguno en apoyo o en contra de ellas respecto del litigio que se desarrolla dentro del proceso en el cual la medida se ordenó y trabó.

2) El tercero, alegando un *mejor derecho* a percibir su propia acreencia frente al otro acreedor que embargó la cosa del deudor sobre la cual el *tercerista de mejor derecho* afirma tener privilegio o preferencia de cobro (art. 321, 2° párrafo), incoa su propia demanda contra las partes originarias del proceso en el cual se ordenó y trabó la cautela, respecto de cuyas instancias es por completo extraño.

En ambos supuestos, el tercerista –parte en su propia pretensión– se inserta, aunque tangencialmente, en lo que puede denominarse *proceso principal*

pero permanece ajeno a todo lo que en él se discuta y, por tanto, no le alcanzarán los efectos propios de la sentencia que allí se emita.

2.16. EL INTERVENTOR JUDICIAL

Cuando las medidas cautelares (ver Lección 28) que pueden ser tomadas en ciertos casos no resultan suficientes para lograr la protección preventiva de un derecho litigioso, el juez actuante puede disponer la designación de un *interventor judicial,* quien es la persona física que, en calidad de auxiliar del juez, se introduce en una sociedad (civil o comercial) para administrarla en reemplazo de sus órganos naturales (*interventor administrador*) o junto con ellos (*interventor coadministrador*) o, sin llegar a tanto, para ver y controlar lo que sucede dentro de su seno e informar oportunamente al juez (*interventor veedor*) (Ln 19550, arts. 113 y ss.).

Las distintas figuras enunciadas se encuentran habitualmente legisladas en la normativa comercial, donde se detallan las facultades que pueden ser otorgadas a los diferentes tipos de interventores, las que siempre pueden ser recortadas por el juez que los designa.

Otra medida cautelar generalmente legislada en forma no autónoma, como medio de hacer efectivo un embargo, posibilita que el juez que ordena trabar embargo sobre bienes muebles pertenecientes a una fábrica, establecimiento industrial o comercial que los necesite para su normal funcionamiento, ordene también la designación de un *interventor conservador* con la misión de velar por la conservación de los bienes embargados.

Del mismo modo, cuando un embargo de carácter ejecutivo (no *preventivo,* ver Lección 26), debe ser trabado sobre los ingresos de cualquier institución o establecimiento comercial, el juez puede designar un *interventor recaudador* para que haga efectivo el embargo en la medida, forma y oportunidad que establezca al efecto (art. 467).

2.17. LOS BENEFICIARIOS DE LA TRIBUTACIÓN FISCAL Y PARAFISCAL

Casi todas las legislaciones del continente subordinan el ejercicio de la acción procesal al pago de ciertos tributos a favor del fisco o de algunas instituciones de naturaleza generalmente corporativa.

El apetito fiscal es geométricamente proporcional a la necesidad de recaudar a toda costa y por cualquier vía que tiene el Estado en ciertos momentos y que, en la actualidad, ha llegado a límites insospechados y definitivamente inadmisibles, haciendo asaz gravoso el ejercicio del derecho de defensa en

juicio. A tal punto es cierta esta afirmación que hoy puede decirse que en ciertos supuestos se veda en forma total el acceso a la Justicia. Por ejemplo, el depósito previo para lograr que se analice la admisibilidad de ciertos recursos extraordinarios en la provincia de Buenos Aires, alcanza al diez por ciento del monto litigioso. Por supuesto, el depósito se pierde a favor del Estado cuando el recurso se declara inadmisible. Mayor exacción no puede ser mencionada...

En esta línea política se fijan elevadas tasas por los distintos servicios que prestan los tribunales a los particulares y, para asegurar la percepción inmediata del correspondiente monto dinerario, la ley ordena a los jueces que paralicen el trámite de todo expediente hasta tanto se haya pagado el tributo. En razón de que a menudo es imposible afrontar dicho pago –que siempre recae inicialmente sobre el patrimonio del actor (preciso es destacar que es el acreedor que no logró cobrar oportunamente su acreencia y que por ello intenta el pleito)– la ley prevé una intervención del organismo recaudador que, así, ingresa al proceso sin carácter de parte a fin de establecer el monto de la tasa adeudada, forma convenida para su pago, determinación de la fianza que exige al efecto, etc. Es fácil darse cuenta de cómo entorpece todo esto la actuación de la norma y el logro de la efectividad de los derechos conculcados.

Del mismo modo la ley legitima a ciertas corporaciones (en este sentido, son organismos parafiscales) para percibir un canon determinado en orden a incrementar su patrimonio (por ejemplo, hay colegios de abogados que cobran una suma de dinero fija por cada actuación abogadil en un expediente o por la iniciación del respectivo litigio). Y de esta forma posibilitan la presencia institucional en la causa para ejercer el control del pago de lo adeudado. Obviamente, con las consecuencias disvaliosas y entorpecedoras que es fácil imaginar...

LECCIÓN 17

LA DEMANDA JUDICIAL

SUMARIO

1. Concepto de *demanda*
2. Presupuestos
   2.1. Supuesto precedente
   2.2. Supuesto consecuente
   2.3. Requisitos
      2.3.1. Intrínsecos de carácter general
      2.3.2. Intrínsecos específicos de ciertas demandas
      2.3.3. Extrínsecos de carácter general
      2.3.4. Extrínsecos específicos de algunas demandas
3. Efectos jurídicos

1. EL CONCEPTO DE *DEMANDA*

En la tarea de demarcar estricta y convenientemente el contenido técnico que asigno a cada vocablo usado de modo habitual en el polivalente lenguaje procesal, entiendo por *demanda* el documento cuya presentación a la autoridad (juez o árbitro) tiene como objeto lograr de ésta la iniciación de un procedimiento para sustanciar en él tantos procesos como pretensiones tenga el demandante para ser satisfechas por persona distinta a dicha autoridad.

Así, se trata de la materialización del ejercicio de la instancia conocida como *acción procesal* y que, dándose necesariamente con una pretensión aneja, tiene por objeto lograr la formación de un proceso.

Una vez más junto de modo inseparable a tres conceptos:

1) *acción* (su objeto es formar un proceso),

2) *demanda* (su objeto es iniciar un procedimiento) y

3) *pretensión* (su objeto es lograr la emisión de una sentencia favorable), que se exhiben correlativos por apoyarse recíprocamente para explicar el fenómeno procesal.

De tal modo, se advertirá que no concibo racionalmente una demanda que no contenga por lo menos una pretensión a satisfacer por un tercer sujeto (distinto del demandante y de la autoridad).

De ahí que, a mi juicio, no resulta conveniente extender indebidamente el uso del vocablo para designar la actividad que materializa una cualquiera de las demás instancias (petición, reacertamiento, queja y denuncia) que podrán exteriorizarse mediante actos que reciban igual denominación o por medio de notas, presentaciones, reclamos, etc., pero no por *demandas*.

Así concebida, la demanda es siempre el acto que provocará la iniciación de un procedimiento necesario para sustanciar un proceso *principal, incidental* o *accidental*.

2. LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA

En el # 5 de la Lección 8 expliqué que, con la denominación de *presupuestos*, la doctrina conoce lo que en el derecho se menciona con el nombre de *condiciones*.

A fin de facilitar al lector la comprensión de este tema, reitero acá algunas de las ideas allí expresadas: el vocablo *condición* refiere a *toda situación o circunstancia indispensable para que algo sea u ocurra*.

Sistémicamente –y, en concreto, respecto de la demanda– parece importante definir ahora tres circunstancias que se relacionan con:

1) la razón del acto (su *porqué*);

2) su realización (sus *qué, cómo, cuándo* y *dónde*) y

3) su objeto (su *para qué*)[1].

1 A base de lo expuesto, recuerdo que las condiciones en general se presentan como:
a) *previas* o *anteriores* a la realización de cualquier acto del proceso (hacen al *porqué* del acto): son las que en esta obra se denominan *supuestos precedentes*. Sin el respectivo *supuesto precedente* queda sin basamento y sin razón de ser la realización de todo acto procesal y de la emisión de la sentencia. Si bien se mira, generalmente hace a la *existencia* misma del acto como tal;
b) *actuales* o coincidentes con el momento de realización del acto (hacen al *qué* y al *cómo, cuándo y dónde* del acto): son los *requisitos* necesarios de cumplir para la admisibilidad del tipo específico de actividad que corresponda al caso. Aquí se trata de determinar qué tipo de acto es el que corresponde al desarrollo de la serie y de saber cómo, cuándo y dónde debe ser hecho. Sin el cumplimiento del respectivo *requisito*, el acto *no es admisible* (salvo que la ley disponga alguna solución alternativa). Si bien se mira, generalmente hace a la *eficacia* (o *validez*) del acto como tal. Adviértase que al declararse la admisibilidad de un acto cualquiera, se convierte automáticamente en el *supuesto precedente* del acto que sigue en la serie procedimental;
c) *futuras* o *inminentes*: son las que refieren a lo que se obtendrá *(objeto)* con la admisión de uno o de varios actos (hacen al *para qué* de ellos) y que en esta obra se denominan *supuestos consecuentes*.

Veamos ahora los específicos presupuestos de la demanda.

2.1. EL SUPUESTO PRECEDENTE DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA JUDICIAL

El supuesto precedente de la demanda es la afirmada existencia de un conflicto por parte del actor y su necesidad de encontrarle una solución que no pase por el uso de la fuerza particular.

Como se ve, este supuesto hace al *porqué* de la impugnación.

2.2. EL SUPUESTO CONSECUENTE DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA JUDICIAL

El supuesto consecuente de la interposición de la demanda es su admisión por el juzgador a fin de incoar el desarrollo de la serie procedimental.

Si bien se mira, este supuesto refiere sólo a lo que el actor pretende obtener *(objeto)* de inmediato con su instar. En rigor, hacen al *efecto* o al *para qué* de su actividad.

2.3. LOS REQUISITOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA JUDICIAL

Siempre son las condiciones actuales de realización del acto y definen *cómo* y *dónde* debe efectuarse útilmente.

Para la mejor comprensión del tema reitero ideas ya escritas en esta obra: así como no cabe imaginar racionalmente el ejercicio de la acción sin una correlativa demanda y viceversa, tampoco puede concebirse una demanda sin una pretensión (aunque sí puede haber una pretensión sin demanda en las instancias de petición, reacertamiento y queja; no en la denuncia).

Por tanto, siendo lógicamente inseparables los conceptos de pretensión y demanda, el contenido de ésta debe reflejar clara y adecuadamente cuatro cir-

cunstancias que, en esencia, se corresponden con los elementos de aquélla: 1) quién pretende; 2) respecto de quién se pretende; 3) qué se pretende y 4) por qué se pretende (sujetos, objeto y causa de la pretensión).

Ya se verá de inmediato que estas condiciones se cumplen mediante el buen uso de los requisitos intrínsecos.

De tal modo, la demanda es una suerte de carta formal dirigida a la autoridad (juez o árbitro) que debe contener necesariamente una pretensión a base de la simple afirmación de un litigio, con adecuada especificación de las circunstancias recién referidas: quién, contra quién, qué y por qué se insta.

Todo ello resulta menester para posibilitar el correcto derecho de defensa del demandado (aquel respecto de quien se pretende), cuyo ejercicio se halla plenamente garantizado por norma expresa constitucional en todos los ordenamientos del mundo.

Para que esto sea posible, las leyes procesales en general sujetan la presentación de la demanda a varios *requisitos generales* (intrínsecos y extrínsecos) necesarios de cumplimentar por el actor para que ella sea *admisible* (lograr su objeto de incoar un procedimiento) (arts. 131 y 547) y *eficaz* y a algunos otros *requisitos específicos de ciertas demandas.*

Los veremos a continuación.

2.3.1. LOS REQUISITOS INTRÍNSECOS DE CARÁCTER GENERAL

Son seis: 1) capacidad procesal del actor; 2) en su caso, adecuada representación del actor que carece de capacidad procesal; 3) adecuado derecho de postulación del actor; 4) contenido eficiente de la demanda; 5) en su caso, correcta acumulación de pretensiones por el actor y 6) contenido eficiente.

Los explico:

1) *Capacidad procesal del actor*

Ya se ha visto al analizar los presupuestos procesales de la acción (ver la Lección 4) que toda persona –y aun algunos entes que no ostentan tal calidad– tiene capacidad jurídica para ser parte en un proceso; pero esto no significa que ella pueda actuar siempre y sin más en sede judicial o arbitral.

Para efectuar tal actividad personalmente debe tener la capacidad civil común: tendrá que *poder contraer obligaciones por sí misma.*

De tal modo, a los incapaces del derecho civil corresponden los incapaces del derecho procesal: no pueden actuar por sí mismos los menores impúberes,

los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, etc., por carecer de *legitimación procesal (legitimatio ad processum).*

Cuando tal cosa ocurre en un proceso, éste *existe* como tal pero no será *eficaz* para lograr la heterocomposición del litigio.

Por eso es que el juez (o el árbitro) tiene que velar por el logro de dicha eficacia y, por tanto, cuando advierte el defecto, debe ordenar que la parte incapaz que actúa por sí misma sin poder hacerlo integre su participación con una adecuada representación.

Cuando ello no ocurre, la parte contraria puede exigir la vigencia del presupuesto de marras mediante la *excepción de falta de personalidad.*

2) *Adecuada representación del actor*

Este presupuesto de la demanda debe ser analizado desde una doble óptica:

a) como un necesario complemento del anteriormente tratado, cuando se trata de suplir la incapacidad civil del actor mediante su respectivo *representante legal* (el padre por el hijo, el tutor por el menor, el curador por el demente, etc.; ver CC, 57): él es quien debe actuar personalmente en el proceso y a nombre del incapaz, que ostenta el carácter de *parte procesal*;

b) en forma autónoma, cuando el actor es civilmente capaz pero no actúa personalmente en el proceso sino por medio de un *representante convencional* (mandatario judicial o procurador).

En ambos supuestos, el representante debe acreditar cabalmente su calidad de tal a fin de que el proceso pueda desarrollarse con el objeto de lograr la eficaz heterocomposición del litigio (arts. 41 y 42).

Si esto no ocurre, la parte contraria puede exigir la vigencia del presupuesto de marras mediante la excepción de *falta de personería* y, aún más, debe ser suplible de oficio por el juez (o el árbitro) en razón de que si no se comprueba adecuadamente la representación cuya existencia se afirma, la sentencia que se dicte como culminación del proceso será inútil pues no resultará vinculante para la parte procesal cuya representación no se acreditó.

3) *Adecuado derecho de postulación en el actor*

Aunque la persona que insta sea civilmente capaz para ser parte procesal (presupuesto de la acción) y procesalmente capaz para actuar por sí misma en el juicio (presupuesto de la demanda recién explicado) no siempre le reconoce la ley el derecho de postular *directamente* ante la autoridad: en numerosas ocasiones le exige la asistencia de un *letrado* (art. 31; ver, asimismo, LOPJ 318; 319, 3°; 323).

Mediante este presupuesto el Estado intenta asegurar a quien insta un correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Para ello, la ley establece un doble régimen de asistencia del interesado:

a) le permite estar en juicio bajo la dirección o patrocinio de un letrado, lo que significa que la parte puede cumplir por sí los actos del proceso, pero aconsejada por su defensor abogado, quien expone técnicamente al juez las razones que aduce la parte (art. 31, 1°);

b) le permite estar en juicio mediante la representación (un mandato) *que de ella ejerce un letrado,* lo que significa que la parte no puede cumplir actos procesales sino a través del abogado, quien provee al mismo tiempo a su defensa (arts. 31 y 41).

4) *Contenido eficiente de la demanda*

Para que en cada litigio pueda cumplirse con la garantía constitucional generalizada universalmente que asegura un *debido proceso* como medio para llegar a una solución heterocompositiva *legítima* y eventualmente *justa,* es menester que desde el propio escrito de demanda se posibilite un adecuado y pleno contradictorio dentro del marco de reglas de debate que deben respetarse por todos los sujetos del proceso.

A tal fin, la ley exige que la demanda posea un contenido pretensional preciso e inequívoco que permita al demandado saber con toda claridad quién, de quién, qué y por qué se pretende.

Para ello, el actor debe cumplir de modo estricto los requisitos (intrínsecos y extrínsecos) que se enumerarán luego.

Por tanto, siendo lógicamente inseparables los conceptos de pretensión y demanda, el contenido de ésta debe reflejar clara y adecuadamente cuatro circunstancias que, en esencia, se corresponden con los elementos de aquélla: 1) quién pretende; 2) respecto de quién se pretende; 3) qué se pretende y 4) por qué se pretende (sujetos, objeto y causa de la pretensión).

Los requisitos intrínsecos que se relacionan con el tema y que tienen que ver con su *contenido* (art. 130), están enunciados en los códigos procesales y habitualmente son:

1) el nombre y domicilio (real) del demandante (art. 130, 1°);

2) el nombre y domicilio (real) del demandado (art. 130, 2°);

3) la cosa demandada, designándola con toda exactitud (art. 130, 3°);

4) los hechos en que se funda, explicados claramente (art. 130, 4°);

5) el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias (art. 130, 4°);

6) la petición en términos claros y positivos (art. 130, 5°);

7) además, cuando se pretende la percepción de una suma de dinero, la demanda debe precisar el monto reclamado, salvo cuando no le fuere posible al actor determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso o porque la estimación dependiere de elementos aún no definitivamente fijados o porque la promoción de la demanda fuere imprescindible para evitar la prescripción (art. 130, 3°).

Caso de no respetarse este presupuesto el demandado puede reclamar su vigencia mediante la excepción de *defecto legal en el modo de proponer la demanda* (art. 139, 3°).

5) *Correcta acumulación de pretensiones*

Este presupuesto de la demanda no es aceptado generalizadamente como tal por la doctrina, la cual lo estudia como presupuesto de la sentencia con el fundamento de que la incorrecta "acumulación de acciones (en rigor, acumulación de pretensiones) en una misma demanda, no hace posible la emisión de la sentencia de mérito que resuelve el litigio".

A mi juicio, debe incluirse entre los presupuestos propios de la demanda pues la facultad que la ley otorga al actor de acumular pretensiones debe ser analizada *ab initio* por la autoridad para facilitar o no la formación de tantos procesos como pretensiones sean las deducidas en la demanda.

Y es que no resulta lógicamente posible que un mismo actor acumule contra un mismo demandado pretensiones incompatibles que se excluyen entre sí.

Por ejemplo, si el actor pretende que el juez ordene al demandado el cumplimiento de un contrato y, al mismo tiempo, que el juez declare la nulidad de tal contrato, parece claro que el demandado no podrá defenderse adecuadamente en razón de la contemporaneidad de las pretensiones antagónicas.

De ahí que no se trata de procurar que el juez sepa cómo sentenciar; mucho más importante, se trata de que el demandado sepa cómo defenderse.

Tan importante es el presupuesto, que las leyes procesales en general sujetan a tres requisitos la posibilidad de que el actor acumule sus pretensiones contra el mismo demandado (art. 133):

1) que no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra;

2) que correspondan a la competencia del mismo juez;

3) que puedan sustanciarse por los mismos trámites.

Cuando esto no ocurre, es deber del juez señalar el defecto antes de admitir la demanda y, si él no lo advierte, el demandado puede oponerse a la acumulación mediante la excepción de *defecto legal en el modo de proponer la demanda.*

2.3.2. LOS REQUISITOS INTRÍNSECOS ESPECÍFICOS DE CIERTAS DEMANDAS

Son los que las leyes establecen específicamente en ciertos y determinados casos, en orden al contenido pretensional de la demanda.

> En el CPC SFE ver arts. 413 (demanda sumarísimo), 507 (demanda de apremio), 510 (demanda de ejecución hipotecaria), 520 (demanda de desalojo), 545 (demanda en juicio oral) y 591 (demanda de declaratoria de herederos).
>
> Otros ejemplos se pueden ver en el CPCN, 79, 90, 98, 178, 332, 486, 624, 638, 681, 689; Ln, 3952, 1, según texto de Ln, 11634; etc.

2.3.3. LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE CARÁCTER GENERAL

Son *comunes* a toda presentación ante la autoridad (juez) o *propios* de la demanda.

Conforme con lo dispuesto en la mayoría de los ordenamientos procesales, con variaciones entre unos y otros, son:

1) debe efectuarse por escrito en original o en formulario impreso o fotocopiado sobre fondo blanco y con caracteres negros indelebles, mediante procedimientos que permitan su fácil lectura (arts. 32) y

2) redactada en idioma nacional (CC, 999),

3) con tinta negra

4) encabezada con una sucinta expresión de su objeto

5) sin contener claros sin cerrar, ni abreviaturas; sin raspaduras, testaduras, enmiendas o interlineados sin salvar en el propio escrito con la misma máquina o de puño y letra del interesado (arts. 33, 50);

6) con cantidades escritas en letras (CC, 1001);

7) si la presentación se efectúa a nombre de un tercero, con la indicación precisa de la representación que se inviste y acompañando los documentos que la acrediten (art. 41);

8) además, debe tener la firma del presentante (CC, 988)[2]; cuando la firma

2 Sin embargo, la falta de firma no causa perjuicio pues es subsanable, ver Lección 11.

es a ruego, debe contener la atestación de funcionario competente de que el firmante ha sido autorizado para ello en su presencia o que la autorización ha sido ratificada ante él (art. 53).

Además, y como claro requisito de eficacia,

9) debe ser presentada ante *juez competente* al efecto pretendido. Ya expliqué en la Lección 7 todas las pautas atributivas de la competencia judicial y a lo allí dicho me remito ahora.

En virtud de que todas las pautas recién enunciadas son *acumulativas,* entre los cientos o miles de jueces que pueden coexistir en un lugar dado, *sólo uno de ellos es competente* (personal, material, cuantitativa, territorial, funcionalmente y por turno) para procesar y sentenciar un litigio *en un cierto momento*: el de la presentación de la demanda.

De tal modo, para que la demanda cumpla su objeto de obtener la iniciación de un procedimiento (para sustanciar en él un proceso) que resulte *eficaz* para lograr la emisión de una sentencia que heterocomponga el litigio, *debe ser presentada ante un juez competente* en orden a *todas las pautas* recién enumeradas.

Tan importante es este presupuesto, que las leyes en general establecen para todos y cada uno de los jueces el *deber de velar por su competencia* al ordenarles que no admitan una demanda que escape a ella, con la salvedad de ciertos casos especiales que se verán en el lugar oportuno.

De tal modo, y con ciertas excepciones a la regla, los jueces *deben* declarar su incompetencia cuando advierten que, conforme con la ley, no les corresponde el conocimiento de un asunto justiciable.

Lamentablemente, las normas legales que regulan los distintos tipos de competencia judicial distan mucho de ser claras, precisas e inequívocas: existen numerosísimos casos justiciables en los cuales la determinación previa por el actor de quién es el único juez competente entre todos los posibles, constituye un verdadero calvario para el litigante, quien está expuesto a sufrir por ello una enorme pérdida de tiempo, de esfuerzo y de dinero.

De ahí la importancia práctica que tiene el estudio completo del tema y el adecuado cumplimiento de este presupuesto en la vida forense.

2.3.4. LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS ESPECÍFICOS DE ALGUNAS DEMANDAS

También de acuerdo con lo dispuesto en la mayoría de las leyes procesales, son los siguientes:

1) debe ser acompañada de la prueba documental que obre en poder del

actor o, en su defecto, de la indicación de su contenido, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre (art. 137) y de tantas copias firmadas (de la demanda y de los documentos adjuntos) como partes hayan de intervenir en el proceso (art. 35). Cuando los documentos están redactados en idioma extranjero, debe acompañarse también su traducción realizada por traductor público matriculado (art. 172);

2) debe contener la constitución de un domicilio procesal (*ad litem:* a los efectos del proceso) dentro de un cierto perímetro respecto del lugar que sea asiento del respectivo juez (arts. 37, 38, 39);

3) debe llevar la firma de un letrado (art. 31 y LOPJ, 319, 3°).

3. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

En general –y salvo casos particulares de ciertas pretensiones– toda demanda produce diversos efectos jurídicos sustanciales y procesales que se escalonan en tres momentos sucesivos: desde la presentación a la autoridad, desde su admisión por ésta y desde su notificación al demandado.

En la Argentina éstos son:

1) *Efectos de la presentación de la demanda*

Desde el momento mismo en el cual el actor *presenta su demanda* a la autoridad, se producen efectos sustanciales y procesales.

Ellos son:

1.1) *sustanciales* (en la legislación argentina de fondo):

• *interrumpe el curso de la prescripción* (adquisitiva y liberatoria) aunque la demanda contenga defectos, la autoridad sea incompetente o el actor carezca de capacidad procesal (CC, 3986);

• *determina la pérdida provisoria de la posibilidad de entablar juicio petitorio* cuando se deduce pretensión posesoria (CC, 2484);

• *determina que la autoridad que recibe la instancia y los letrados que la suscriben no puedan comprar la cosa litigiosa* (CC, 1361);

• *determina que la autoridad que recibe la instancia no pueda ser cesionaria del derecho litigioso* (CC, 1442);

1.2) *procesales* (en la legislación argentina):

• *fija respecto del actor la competencia subjetiva de la autoridad,* que ya no podrá ser recusada sino por causa sobreviniente (arts. 9 y 10, LOPJ, 2; CPCN, arts. 17 y 18);

• *efectiviza una prórroga o una propuesta de prórroga de competencia territorial* cuando ello está autorizado en la ley (LOPJ, 2; CPCN, 1 y 2);

• *genera en la autoridad el deber de proveer la instancia* (admitiéndola o rechazándola) y la coloca ante el deber de pronunciarse acerca de su competencia (art. 33, 105, 131; CPCN, 34, b; 4 y 30).

2) *Efecto de la admisión de la demanda:*

Sólo es de carácter procesal:

• Crea el estado de *litispendencia.*

3) *Efectos de la notificación de la demanda:*

Pueden ser sustanciales y procesales:

3.1) *sustanciales* (en la legislación argentina de fondo):

• *constituye en mora al demandado* si es que no lo estaba desde antes (CC, 508) respecto de obligaciones que carecen de plazo convenido pero que resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de aquéllas (CC, 509) y respecto de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe (CC, 2433);

• *determina la elección del actor respecto de la prestación debida* por virtud de obligaciones alternativas (CC, 641);

• *extingue el derecho de reclamar útilmente una de las posibles pretensiones* contempladas en CC, 2174 por virtud de la elección que acuerda el CC, 2175;

3.2) *procesales:*

• *extingue el derecho del actor de desistir unilateralmente del proceso:* a partir de la notificación, podrá hacerlo sólo con la previa conformidad (expresa o tácita) del demandado (art. 229; CPCN, 304);

• *extingue el derecho del actor a modificar su pretensión* (arts. 133 y 135; CPCN, art. 331).

LECCIÓN 18

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LA OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

SUMARIO

1. El derecho de defensa en juicio
2. Oposición del demandado civil
   2.1. Contradicción
   2.2. Excepción
      2.2.1. Excepciones en el proceso civil
         2.2.1.1. Que atacan a la acción
         2.2.1.2. Que atacan a la pretensión
         2.2.1.3. Que postergan la emisión de la sentencia
         2.2.1.4. Que atacan a la ejecución de un derecho
3. Reconvención
4. Presupuestos procesales de la contestación de la demanda
   4.1. Supuesto precedente de la presentación de la contestación de la demanda
   4.2. Supuesto consecuente de la contestación de la demanda
   4.3. Requisitos para la presentación de la contestación de la demanda
      4.3.1. Requisitos intrínsecos de carácter general
      4.3.2. Requisitos extrínsecos de la contestación de la demanda

1. EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

El punto ya ha sido presentado en la Lección 4, al explicar el tema relativo a la acción procesal del pretendiente y a la reacción procesal del resistente.

Respecto de pretensión de contenido no penal, expuse allí las posibles actitudes de abstención y de sumisión. A lo entonces dicho me remito ahora.

También afirmé que el demandado civil puede tomar una actitud de oposición (*contradiciendo* la pretensión del pretendiente o *excepcionando*) y, además, reconvenir. Todo, al tiempo de contestar la demanda.

En esta Lección toca referirse a tales actitudes.

A modo de introducción a ello, reitero idea ya expuesta en la Lección 8: siendo el proceso un método de *debate dialéctico*, es obvio que constituye un *medio* para que se desarrolle un *diálogo* entre las partes actora y demandada, durante cuyo desarrollo uno afirma (*tesis*) y el otro niega (*antítesis*) para que el tercero que lo dirige pueda hacer oportunamente la síntesis final (*sentencia*).

Como hace a la idea lógica de proceso el que las partes se hallen en pie de perfecta igualdad –pues a sus efectos no basta la afirmación del pretendiente ni puede influir para nada su posición social, política, cultural, etc.– es menester que todo lo que una parte afirme o confirme respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o confirmación (por eso es *diálogo* y no *monólogo*).

Y el diálogo se concreta al contestar la demanda el demandado civil, oponiéndose al progreso de la pretensión demandada.

2. LA OPOSICIÓN DEL DEMANDADO CIVIL

La oposición –que sólo debe operar en la fase de negación del proceso– puede presentarse de dos maneras: mediante

1) una *simple negativa* acerca de la existencia del hecho constitutivo de la obligación cuya prestación pretende el actor, o

2) la *afirmación de un hecho* extintivo, impeditivo o invalidativo (ver sus conceptos en la Lección 19) del hecho constitutivo, invalidativo o convalidativo (ídem) invocado por el actor.

Un ejemplo ayudará a comprender la distinción: si Juan demanda a Pedro pretendiendo cobrar una suma de dinero que dice que le prestó y no le devolvió, Pedro puede contradecir la pretensión diciendo simplemente a Juan que *no le debe* o, también, que *ya le pagó*.

En el lenguaje corriente ambas respuestas parecen tener idéntico significado: Pedro no se considera deudor de Juan.

Sin embargo, en el tecnicismo procesal existe enorme diferencia entre ellas: decir que *no se debe* implica negar la existencia misma del hecho constitutivo de la obligación (a consecuencia de lo cual y conforme con las reglas que gobiernan el diálogo procesal, Juan tendrá que *confirmar* su afirmación inicial, negada por Pedro; y si no logra efectuarla, perderá el litigio. Como se ve, nada tiene que hacer Pedro luego de emitir su simple negativa); por lo contrario, decir que *ya se pagó* significa cosa diferente: que en algún momento se debió pero que se canceló la obligación por medio del pago (a consecuencia de lo cual, y conforme con las mismas reglas ya citadas, nada tendrá que confirmar Juan toda vez que el hecho constitutivo de la obligación demandada fue aceptado implícitamente por Pedro; en cambio, éste tendrá que acreditar el hecho del pago y, si no lo hace, perderá el pleito).

Esta diferencia en la actividad que puede cumplir el demandado al contradecir la pretensión del actor, permite dividir el tema para estudiarlo desde una doble óptica: *contradicción* y *excepción*.

Ambas actitudes –al igual que la que se analizará en el #2.4.– deben ser adoptadas en la *contestación de la demanda* que, como acto inicial de la fase procesal de negación, tiene *presupuestos* propios que explicaré *infra* en el # 4 de esta Lección.

2.1. LA CONTRADICCIÓN DEL DEMANDADO

Esta actitud de oposición tiene lugar cuando el demandado, resistiendo el cumplimiento de la prestación pretendida por el actor, se limita a negar la existencia de su fundamento fáctico o de su encuadre jurídico (en el responde así concebido, el demandado dice simplemente: *no* o *no le debo*) (art. 142).

Debe presentarse necesariamente en lo que he llamado fase procesal de *negación* que se abre, por un plazo siempre determinado en la ley, luego de que el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (confiriéndole *traslado de la demanda*).

Los requisitos exigidos por las leyes procesales para efectuar la contestación serán explicados en el # 4 de esta Lección.

2.2. LA EXCEPCIÓN DEL DEMANDADO

Dado que por razones obvias tienen diferentes contenidos pretensionales, presentaré separadamente la nómina de excepciones propias del demandado civil y las que sólo pueden ser opuestas por el reo penal (quien también puede utilizar muchas de las enunciadas para el campo no penal).

2.2.1. LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO CIVIL

La excepción, como actitud de oposición, tiene lugar cuando el demandado, resistiendo igual que antes el cumplimiento de la prestación pretendida por el actor, afirma en su contestación la existencia de un hecho de carácter *extintivo* o *invalidativo* o *convalidativo* respecto del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda (en el responde así concebido, el demandado –ahora *excep-*

cionante– dice: *no le debo porque...* o *le debía, pero...*) o *impeditivo* de la formación o continuación de la serie procesal.

Esta conceptuación halla su base, como el resto de la explicación dada en esta obra, en la actividad que realmente cumple el demandado en el proceso.

Doctrinalmente, se ha dado al vocablo *excepción* un significado aun mayor, al designar con él al *derecho de contradecir del demandado*, hablándose así de *acción* y *excepción* como formas específicas del derecho de petición a la autoridad que está consagrado en todas las constituciones modernas.

En otras palabras, se le da al término *excepción* el significado de *derecho de réplica* al contenido de la acción.

Desde la óptica jurídica –y no desde la de la actividad cumplida– la doctrina autoral clasifica a las excepciones desde diversos ángulos diferentes:

1) según su origen, en

- *materiales* (tienen su origen en la legislación de fondo) y
- *procesales* (lo hallan en la propia legislación procesal);

2) según sus efectos, en

- *perentorias* (o perpetuas): constituyen defensas contra el derecho alegado por el actor;
- *dilatorias* (o temporales): son defensas que versan sobre el proceso y no sobre el derecho que fundamenta la pretensión; y
- *mixtas*: son aquellas que operan procedimentalmente en modo similar a las dilatorias pero que provocan, en caso de ser acogidas, los efectos propios de las perentorias.

A su turno, las dilatorias (y, a veces, las mixtas) se relacionan con lo que la doctrina denomina *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, a su vez íntimamente emparentadas con los *presupuestos procesales*.

Otra vez se ve aquí la existencia de una anarquía terminológica que necesariamente conduce a un caos interpretativo, cosa que el lector puede comprobar con facilidad leyendo sólo algunas pocas obras de diferentes autores.

Personalmente –y no desde la óptica que parte del texto legal o de los efectos que producen las defensas esgrimidas, sino desde la actividad que real y efectivamente cumple el demandado en el proceso– creo que a los fines sistémicos y docentes propios de esta exposición corresponde distinguir entre los posibles *objetos* de las respectivas excepciones (consagradas o no en las leyes procesales).

Y así, partiendo siempre de la alegación por el demandado de un hecho impeditivo, extintivo o invalidativo del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda, clasificaré las distintas excepciones según que ataquen a:

1) la acción, con el objeto de lograr su *extinción* o su *paralización* temporal;

2) la pretensión, con el objeto de que ella sea desestimada en la sentencia;

3) la oportunidad en la cual el juez debe sentenciar con el objeto de evitar la creación de caos jurídico.

No todas las que enumeraré en el punto siguiente se encuentran reguladas como tales en el CPC SFE en razón de que el cuerpo legal ha quedado atrasado a partir de los notables avances sistémicos que ha efectuado la doctrina autoral en los últimos años.

Pero ello no quiere decir que los temas resulten ignorados en la práctica. Por lo contrario, se presentan con inusitada frecuencia, sólo que se los trata como *incidentes* y no como excepciones. A la postre, ha cambiado en poco algún trámite. Pero en el fondo es exactamente lo mismo, por cuanto nada empece a que los jueces las consideren y le den el trato de verdaderas excepciones.

2.2.1.1. LAS EXCEPCIONES QUE ATACAN A LA ACCIÓN PROCESAL

Habitualmente relacionadas con los *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, son las que deben ser propuestas al comienzo mismo del proceso para impedir el desarrollo de la serie procedimental (de ahí la denominación de *dilatorias*, pues su oposición tiene el efecto de dilatar o postergar la continuación del proceso).

Cuando el demandado asume esta actitud, lo hace porque entiende que el proceso ya incoado en virtud de la admisión por el juez de la demanda del actor, carece de validez –por ejemplo, por estar prohibida la posibilidad de accionar– o porque reputa que no será útil para componer el litigio, en razón de no presentarse en el caso la suma total de los presupuestos de la acción y de la demanda, que ya he enunciado en las Lecciones 4 y 17 (basta que falte uno solo, por ejemplo la competencia del juez o la personería invocada por el procurador, para que el proceso no resulte útil, en principio, como medio de debate).

Como se verá luego, la existencia y la vigencia de cada uno de tales presupuestos puede ser defendida por el demandado mediante la interposición de una correlativa excepción.

Actualmente, y con la denominación de *presupuestos procesales* o de *cuestiones de procedibilidad*, se estudian las *condiciones que deben presentarse inicial-*

mente para el desarrollo integral de la serie procesal, pues los jueces no deben limitarse a sentenciar una pretensión jurídica presentada a su conocimiento sino que, en forma previa, deben asegurarse de que concurran en el respectivo proceso todas las condiciones de su existencia y de su utilidad para heterocomponer el litigio.

De ahí que corresponda tratar ahora el tema desde la óptica del *objeto del ataque* por el excepcionante a la acción procesal (todavía no menciono para nada a la pretensión): aquél puede intentar *extinguirla* (significa que no se le dé o se le deje de dar curso en forma definitiva) o *paralizarla* (que no se le dé curso en forma temporaria, hasta que se solucione el impedimento respectivo).

Vemos todo seguidamente.

1) *Excepciones que tienen por objeto lograr la extinción de la acción procesal*

Son aquellas que el excepcionante alega a base de afirmar la existencia de *hechos impeditivos de la formación misma del proceso* y que tienen por objeto lograr la inmediata cesación del desarrollo de la serie iniciada con la admisión de la demanda (caso de acogerla, el juez debe ordenar el archivo de las actuaciones ya cumplidas ante él).

Como las excepciones que corresponde enunciar en este tópico puntual –aquí lo reitero– son la expresión negativa de los presupuestos de la acción procesal que enuncié en la Lección 4, deben coincidir con ellos en su número y denominación, salvo en lo tocante a la *adecuada investidura de la autoridad,* cuyo respectivo presupuesto se presentó sólo con simple interés académico.

Por tanto, las excepciones son:

1.1) *Excepción de carencia de acción* (se vincula con el presupuesto *existencia de posibilidad de accionar*) (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al interponerla que la acción ejercitada mediante la demanda no es admisible por cuanto la pretensión que contiene no puede ser procesada (discutida ante un juez o árbitro) ni sometida a la decisión de un tercero.

Ello ocurre en cuatro supuestos:

a) cuando la propia ley *prohibe el procesamiento* de una pretensión determinada (en Argentina, por ejemplo, regía la prohibición absoluta de indagar la maternidad de una mujer casada; ver el derogado CC, 326. El caso ya ha sido explicado en la Lección 4;

b) cuando resulta manifiesta la carencia total de *contenido jurídico* de la pretensión deducida, que aparece basada exclusivamente en un interés *moral, religioso* o *social* no protegido por el Derecho;

c) cuando surge evidente de la pretensión demandada que ella no se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, razón por la cual no existe litigio (ni conflicto) susceptible de heterocomposición. El supuesto constituye lo que habitualmente se denomina *caso abstracto*;

d) cuando la pretensión ostenta una exclusiva naturaleza política que, como tal, *no es justiciable.* El caso refiere a ciertos *actos de gobierno* que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de guerra o de estado de sitio, fijación del valor de la moneda, etc.).

Aunque no la denominen como tal, escasos son los códigos que consagran en forma expresa la vigencia de esta excepción (en SFE, se trata del llamado *defecto absoluto en la potestad de juzgar*; art. 2 *in fine*).

Sin embargo, ella debe ser aceptada aun a falta de toda mención legislativa ya que la importancia del presupuesto cuya vigencia defiende así lo exige para no quedar desprotegido y poder lograr la existencia válida de un proceso.

Por obvias razones lógicas, debe ser propuesta y decidida antes que toda otra cuestión que plantee el demandado y, de no ser así, debe ser suplida oficiosamente por el juez actuante en cualquier estado y grado del proceso.

Resta agregar que esta excepción así tipificada nada tiene que ver con la que desde antaño se denomina *excepción de falta de acción (sine actione agit)* que explicaré al estudiar a las que atacan a la pretensión.

No se me escapa que el criterio clasificatorio que estoy desarrollando puede ser criticado so pretexto de que propongo la conceptuación de la excepción de *carencia de acción* con fundamento en la *improponibilidad de la pretensión.*

Pero advierto –como ya lo he hecho antes– que acción, pretensión y demanda son términos que se correlacionan íntimamente y que se apoyan en forma recíproca en el plano jurídico, de modo tal que no puede concebirse una acción procesal que no esté exteriorizada en su ejercicio por una demanda y que no contenga una pretensión concreta de contenido jurídico que sea susceptible de presentar al conocimiento y decisión de un tercero imparcial.

En razón de que con esta excepción se intenta lograr la inmediata cesación del desarrollo de la serie procedimental y que, por tanto, no podrá ser considerada en la sentencia (como cabe hacer con todas las excepciones que atacan a la pretensión), la he insertado en este tópico aunque la prohibición legal verse acerca del contenido pretensional.

En otras palabras y más sencillamente: el caso propuesto supone que el demandado no acepta la actividad de *procesar* la pretensión (lo cual es mucho

más grave que intentar el rechazo de la pretensión en la sentencia, luego de ser procesada).

1.2) *Excepción de caducidad de la acción* (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al interponerla que la acción intentada mediante la demanda se halla caduca por haber sido propuesta luego de finalizado el plazo establecido por la ley para su deducción válida.

El tema ya ha sido largamente desarrollado en la Lección 4 al explicar el respectivo presupuesto.

No obstante, itero acá los ejemplos que surgen en el régimen argentino de CC, 259, 260, 263.

Al igual que la excepción anteriormente tratada, ésta carece de expresa consagración legislativa en la absoluta mayoría de los códigos procesales.

Sin embargo, debe ser aceptada judicialmente porque con su deducción se tiende a evitar en modo definitivo el desarrollo íntegro de la serie procedimental.

En idéntica forma a lo expresado antes, debe ser opuesta en forma previa a la de toda otra cuestión y ser resuelta inicialmente. De no ser así, habrá de ser suplida de oficio por el juez actuante en cualquier estado y grado del proceso.

1.3) *Excepción de incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal* (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al interponerla que el actor carece de esta capacidad por haberse extinguido su personalidad en el caso de personas jurídicas o por haber fallecido durante el curso de la serie, en el caso de ser persona física (en términos más sencillos: *quien demanda no es persona o ha dejado de serlo*).

Cabe tener en cuenta que no encuadran en el supuesto en tratamiento las *simples asociaciones civiles o religiosas* y ciertos *patrimonios autónomos* que, sin ser sujetos de derecho en el campo de la normativa de fondo, deben ser considerados como entes unitarios a efectos de poder participar en un proceso.

Al igual que las anteriores y aun a falta de norma expresa, debe ser propuesta y resuelta inicialmente o en el momento en el cual aparezca la incapacidad y, en su defecto, ser suplida por el juez.

Cuando el caso se presenta por fallecimiento del actor durante el curso de la serie, las leyes procesales prevén una solución adecuada: la citación de los herederos del causante –continuadores de su personalidad– para que tomen participación en el proceso pendiente (arts. 47 y 597).

Obviamente, en el supuesto de no haber heredero alguno la excepción es estimable por el juez.

Como puede verse en lo expuesto anteriormente, hay un rasgo común que caracteriza a todas estas excepciones: siempre se cuestiona la validez misma del proceso al cual el demandado reputa indebidamente incoado, siempre tienden a lograr el inmediato archivo de las actuaciones cumplidas y nunca son convalidables los hechos que las fundamentan.

No ocurre otro tanto con las excepciones que se describirán seguidamente, mediante las cuales se procura extender en el tiempo la formación del proceso por considerar que el ya incoado, aunque válido, no será útil para lograr la heterocomposición del litigio.

Además, siempre son convalidables los hechos que las fundamentan.

2) *Excepciones que tienen por objeto lograr la paralización del proceso*

Son aquellas que el excepcionante deduce a base de afirmar la existencia de *hechos impeditivos de la continuación del proceso* y que tienen por objeto la inmediata paralización del desarrollo íntegro de la serie procedimental incoada con la admisión de la demanda.

Según los contingentes regímenes legales, algunas de tales excepciones son solucionables por el actor en el mismo procedimiento ya incoado, que puede volver a tomar su curso; otras, en cambio, exigen el archivo de lo actuado y la promoción de nueva demanda que se adecue a los presupuestos que regulan su utilidad.

Como se ve, en los dos supuestos el objeto final es idéntico: lograr la extensión en el tiempo de la formación del proceso que resultará eficaz para heterocomponer el litigio.

Las excepciones que corresponde enunciar en este tópico son la expresión negativa de los presupuestos de la demanda judicial que enuncié en la Lección anterior, por lo cual deben coincidir con ellos en su número y denominación.

2.1) *Excepción de incompetencia* (art. 139, 1°)

El excepcionante afirma al interponerla que el actor ha incoado su demanda ante una autoridad (juez o árbitro) que carece de competencia (legal o convencional) para admitirla (darle curso).

Todo lo relativo a la competencia ha sido desarrollado en la Lección 7, a cuya lectura remito.

Las leyes procesales en general norman acerca de esta excepción, y le otorgan el carácter de *dilatoria*, por lo cual exigen su oposición en forma de *artículo de previo y especial pronunciamiento* (arts. 138 y cc.).

En rigor, y cuando se articulan varias, debe ser la primera en quedar resuelta ya que si la autoridad se declara incompetente no debe entrar a conocer y decidir las otras excepciones opuestas.

Muchos son los códigos que califican como de *orden público* a la competencia judicial.

Cuando esto sucede permiten la deducción de esta excepción en cualquier estado y grado de la causa, con obvio detrimento de la celeridad y economía del proceso, de la seguridad jurídica y de la seriedad que deben tener los actos procesales.

Otros, en cambio, establecen un momento límite para su oposición (generalmente el de la contestación de la demanda), pasado el cual ninguna de las partes puede cuestionar la competencia ni el propio juez (o árbitro) puede declarar su incompetencia de oficio (LOPJ, 2, último párrafo).

El sistema parte de una óptica diferente: no considerar que la competencia se vincule con el *orden público*. Como es obvio, ello no puede ocurrir en materia penal.

Rigen a este respecto las reglas enunciadas al tratar las *cuestiones de competencia* en la Lección 7.

2.2) *Excepción de falta de capacidad procesal del actor* (o de falta de personalidad o de falta de *legitimatio ad processum)* (art. 139, 2°)

El excepcionante afirma al interponerla que el actor carece de capacidad jurídica para obligarse por sí mismo con motivo del proceso, razón por la cual no podrá serle oponible la sentencia que eventualmente se dicte acerca del litigio.

El caso difiere en modo radical del enunciado anteriormente con la denominación de *excepción de incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal*: allá se afirma que quien demanda no es persona o ha dejado de serlo; acá que es persona pero civilmente incapaz de hecho y que, como tal, carece de toda aptitud para contraer obligación alguna por sí misma.

En el campo de la actividad cumplida en el proceso, parece claro que en este caso hay un actor que insta, razón por la cual no puede hablarse de carencia o de imposibilidad de instar.

Y parece claro también que el proceso que válidamente surja de ese instar no podrá ser eficaz por la incapacidad de hecho de quien lo inició.

Esta excepción está expresamente autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y todos exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental (arts. 138 y cc.).

Además, y dada su importancia en términos de eficacia procesal, el juez debe supliría de oficio en cualquier estado y grado de la causa.

Sin embargo, la situación fáctica es solucionable: basta que tome participación en el proceso el respectivo representante legal del incapaz, asumiendo la calidad de actor, para que el curso procedimental pueda continuar, con lo cual se evita el archivo de las actuaciones ya cumplidas.

La participación del representante origina otra situación que puede generar la siguiente excepción:

2.3) *Excepción de falta de personería en el actor* (art. 139, 2°)

El excepcionante afirma al interponerla que quien actúa en el proceso como representante *legal* o *convencional* del actor, no lo es o no ha acreditado suficientemente tal carácter.

Al igual que las anteriores, esta excepción está autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y, por ello, exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental (arts. 138 y cc.).

Además, es suplible de oficio por el juez dada su importancia en términos de eficacia procesal, toda vez que la sentencia que oportunamente se dicte respecto del litigio podrá ser inoponible para la parte procesal cuya adecuada representación no existió o no se comprobó.

Por razones obvias, esta excepción también juega a favor del actor y en contra del demandado cuando éste es quien no aparece adecuadamente representado en el proceso (legal o convencionalmente).

2.4) *Excepción de falta de derecho de postulación en el actor* (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al interponerla que el actor, aun siendo persona capaz de obligarse por sí misma, ha realizado ante la autoridad algún acto sin tener la *aptitud* exigida por la ley al efecto.

Cuadra recordar aquí que en la Lección 17 expliqué el presupuesto de marras indicando que la mayoría de los ordenamientos vigentes exigen que en el desarrollo del proceso actúe un *abogado* (o, en ciertos casos, un *procurador)* como garantía para el justiciable de un eficaz y eficiente resultado. Sólo en supuestos verdaderamente excepcionales tales legislaciones permiten que sea el propio interesado quien inste ante la autoridad.

Por supuesto, otros ordenamientos admiten irrestrictamente la actuación de éste.

Las legislaciones que restringen la actividad personal de las partes se muestran parcialmente severas en los casos de transgresión, llegando a ordenar a los jueces que devuelvan al presentante los escritos que carezcan de firma de letrado, con el perjuicio que es fácil de imaginar para la parte.

Esta excepción, que al igual que la anterior rige tanto para el demandado como para el actor, no está habitualmente autorizada como tal en los códigos procesales, apareciendo la mayoría de las veces en las leyes que organizan el funcionamiento del Poder Judicial (arts. 30 y 31; LOPJ, 318, 319 y 323).

2.5) *Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda* (o excepción de *oscuro libelo*) (art. 139, 3º)

El excepcionante afirma al interponerla que el actor no ha respetado los requisitos impuestos por la ley para la confección de su demanda, a raíz de lo cual el excepcionante no puede hacer valer de modo correcto y pleno su derecho de defensa en juicio ya que ignora por lo menos una de las siguientes circunstancias: quién, a quién, qué y por qué demanda.

Como es fácil de comprender, el respectivo presupuesto es de capital importancia, ya que de su adecuado cumplimiento depende nada menos que la posibilidad de defensa del demandado.

Todos los códigos que aceptan la escritura como medio de expresión en el proceso admiten expresamente esta excepción, a la cual otorgan carácter *dilatorio,* razón por la cual debe ser opuesta y resuelta en forma previa a la oportunidad correspondiente a la contestación de la demanda (arts. 138 y cc.).

Esta excepción también puede ser deducida por el actor contra el demandado cuando éste adopta la actitud de *reconvención* (ver *infra*, en esta misma Lección).

2.6) *Excepción de inadecuada acumulación de pretensiones* (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al interponerla que el actor ha acumulado en su demanda diversas pretensiones que se excluyen entre sí (ver la Lección 20), a raíz de lo cual no puede ejercitar adecuadamente su derecho de defensa en juicio.

Esta excepción no está autorizada como tal en ningún código y la doctrina no la acepta como vinculada a ningún presupuesto de la demanda sino con la sentencia que se dicte luego del proceso.

A lo sumo, en las raras oportunidades en las cuales el caso se ha presentado en la vida forense, ha sido deducida como comprendida en la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Pero esto constituye una simple

solución del problema que no es admisible académicamente y que por su importancia merece y debe ser presentado con rigor científico.

De ahí que, por mi parte, ya sostuve en la Lección anterior que es un claro presupuesto de la demanda porque en caso de sostenerse pretensiones excluyentes entre sí, no se trata de procurar que el juez sepa cómo sentenciar sino, mucho más importante, que el demandado sepa cómo defenderse (art. 133).

En esta tesitura resulta razonable sostener que debe ser opuesta –al igual que todas las anteriores– en forma previa y ser resuelta antes de la contestación de la demanda.

Hasta aquí he enunciado las excepciones que se vinculan estrictamente con los presupuestos procesales de la demanda.

Pero ellas no son todas. Antes bien, existen –legisladas o no– otras que también nacen del mismo proceso en el cual se oponen y que se relacionan con otras circunstancias.

Continuando la enumeración ya iniciada, ellas son:

2.7) *Excepción de ausencia manifiesta de legitimación para obrar* (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al interponerla que el actor no es la persona que debe demandar a base de la pretensión hecha valer en la demanda o que el propio excepcionante no es la persona que debe responder a dicha pretensión.

El tema se relaciona estrechamente con uno de los presupuestos de la sentencia de mérito que se dicte con motivo del proceso y que se conoce doctrinalmente con la denominación de *legitimatio ad causam*. De allí que sean escasas las legislaciones que la autorizan expresamente como de articulación y resolución previa, toda vez que el tema debe ser estudiado y considerado en la sentencia.

Sin embargo, cuando la carencia de legislación es *manifiesta,* ha parecido razonable a algún legislador evitar el desarrollo de todo el proceso que, de seguro, terminará en una sentencia que rechazará su pretensión por aquel motivo (sí está legislada en CPCN, 347, 3º). Este es, simplemente, el origen legal de la excepción.

2.8) *Excepción de arraigo* (art. 329)

El excepcionante afirma al interponerla que, en caso de resultar vencedor en el litigio, no podrá percibir del actor las costas causadas en el proceso y pide que le sean afianzadas.

Aceptada por casi todas las legislaciones, puede ostentar disímil fundamento: el actor no reside en el lugar del pleito o carece de bienes inmuebles o de otros bienes suficientes en el lugar del pleito para hacer frente a una eventual condena en costas.

Cuando se da en el actor la situación prevista por la ley, debe prestar una *caución* que garantice al demandado la percepción de su eventual acreencia.

Otras excepciones más, por fin, que también nacen del proceso en el cual se oponen, tienen distintos fundamentos que las anteriores.

Continuando con la enumeración ya iniciada, ellas son:

2.9) *Excepción de litispendencia por conexidad causal o por afinidad* (art. 141)

El excepcionante afirma al interponerla que se halla pendiente de procesamiento o de juzgamiento otro litigio en el cual se discute la misma causa (conexidad causal) o sólo el mismo hecho causal (afinidad) (ver la explicación de los casos en la Lección 5), con el objeto de que ambos procesos se acumulen en un solo procedimiento (cuando la acumulación es materialmente imposible la excepción tiene otro objeto, como se verá *infra*).

En razón de que la litispendencia por conexidad causal o por afinidad constituye una excepción a las reglas de la competencia objetiva, la doctrina acepta su planteamiento por la vía de la excepción de incompetencia (declinatoria), en la cual la subsume. Este es el motivo de que sean escasos los códigos procesales que la autorizan de modo expreso.

Pero cabe añadir que esta excepción es de mayor importancia que la de incompetencia, de donde resulta la conveniencia de estudiarlas y legislarlas por separado: y es que en las normativas en las cuales la deducción de la incompetencia tiene un límite temporal definitivo (generalmente la contestación de la demanda), la de litispendencia por conexidad causal o por afinidad puede y debe ser interpuesta en cualquier momento antes de la sentencia definitiva, ya que la razón de su deducción es lograr la plena vigencia del principio de seguridad jurídica, evitando la emisión de pronunciamientos contradictorios (LOPJ, 2, último párrafo; ver, asimismo, arts. 141 y 340).

2.10) *Excepción de falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes* (no está legislada como tal en CPC) (ver art. 43)

El excepcionante afirma al interponerla que el pariente gestor de una de las partes procesales y que compareció por ella no prestó la fianza del caso.

Para mejor comprender el caso, debo recordar que algunas legislaciones admiten que un pariente (dentro de ciertos grados bien delimitados) de quien es o va a ser parte procesal y que se encuentra fuera del lugar del juicio, asuma espontáneamente su representación en el respectivo litigio por un plazo determinado.

A tal fin, y como condición ineludible de su actuación, el pariente debe dar *caución* suficiente de que lo que haga será ratificado por la parte procesal a cuyo nombre obra.

Obviamente, esto puede suceder en el campo de las posibilidades; por ello es que ciertos códigos que autorizan este supuesto, consagran expresa o implícitamente esta excepción, que puede interponer la parte contraria a la representada (adviértase que puede ser tanto el actor como el demandado).

2.11) *Excepción de falta de pago de costas ya devengadas* (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al interponerla que la parte contraria le adeuda el pago de costas impuestas con anterioridad en el mismo proceso y que, por ello, no puede instar útilmente.

Para mejor comprender el supuesto, debo recordar que algunas legislaciones establecen expresamente la prohibición de deducir un incidente sin haber abonado previamente las costas causadas en uno anterior, como forma de moralizar el proceso, poniendo vallas a la actuación de la parte que utiliza artilugios para dilatar indebida o innecesariamente la terminación de la serie procedimental (ver art. 328).

Cuando esto ocurre, la parte contraria –acreedora de las costas– puede excepcionar solicitando que no se admita el curso del nuevo incidente sin la justificación previa del pago de lo adeudado.

Finalmente, la posibilidad de excepcionar con el objeto de paralizar temporariamente el desarrollo de la serie procedimental surge también de otras circunstancias ajenas al proceso en el cual deben ser deducidas.

En general, tales circunstancias nacen de la legislación de fondo y se conocen doctrinalmente con la denominación de *defensas previas*.

A título de ejemplo, y sobre la base de la legislación argentina, pueden citarse algunas que operan siempre como *excepciones dilatorias* (deben ser opuestas y resueltas en forma previa a la contestación de la demanda) y cuyas denominaciones tradicionales en la misma normativa son las siguientes:

2.12) *Excepción de días de llanto o luto* (CC, 3357)

El excepcionante –como heredero que ha sido demandado para que acepte o repudie la herencia– afirma al interponerla que, al tiempo de presentarse la demanda, no ha transcurrido el plazo de nueve días desde la muerte del cau-

sante, por lo cual solicita la paralización del proceso hasta el vencimiento de tal plazo.

La norma prohibitiva también alcanza al juez, quien oficiosamente no debe admitir demanda alguna durante la vigencia de los nueve días de luto, lo cual surgirá de una simple comparación de fechas.

2.13) *Excepción de plazo para hacer el inventario* (texto anterior de CC, 3366/68)

Esta excepción operaba cuando, demandado un heredero por acreedores o legatarios del causante pretendiendo percibir sus créditos y legados, afirmaba al interponerla que al momento de incoarse la respectiva demanda no había transcurrido el plazo para hacer el inventario, que era de tres meses contados desde la apertura de la sucesión o desde que supo que la sucesión le defería y treinta días más para deliberar acerca de la aceptación o repudio de la herencia.

Cabe añadir acá idéntica consideración que la efectuada en el punto precedente.

2.14) *Excepción de contrato incumplido* (CC, 1201)

El excepcionante afirma al interponerla el carácter bilateral del contrato que fundamenta la pretensión de cumplimiento del actor, con el objeto de que se paralice el procedimiento hasta tanto éste acredite haber cumplido u ofrecido cumplir su propia prestación o, en su defecto, que la obligación es a plazo.

2.15) *Excepción de beneficio de excusión* (CC, 2012)

El excepcionante –demandado conjuntamente en su calidad de fiador simple de su coparte– afirma al interponerla que aún no se han excutido todos los bienes del deudor principal, con el objeto de que se paralice el procedimiento hasta tanto el actor acredite la excusión o su improcedencia.

2.16) *Excepción de prohibición de iniciar juicio petitorio estando pendiente un juicio posesorio sobre la misma cosa* (CC, 2484)

Mediante esta excepción el demandado en juicio petitorio afirma que existe pendiente un juicio posesorio entre las mismas partes y sobre la misma cosa, con el objeto de lograr el archivo de la causa o su paralización, hasta tanto se demuestre que ha finalizado la instancia posesoria.

2.17) *Excepción de prohibición de iniciar el juicio petitorio antes de haber satisfecho las condenaciones pronunciadas en un juicio posesorio anterior* (CC, 2486)

Mediante esta excepción el demandado en juicio petitorio (actor vencedor en un juicio posesorio anterior) afirma que el actor (demandado vencido en

dicho juicio posesorio), no ha satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en el juicio posesorio, con el objeto de lograr el archivo de las actuaciones o de paralizar el procedimiento en curso mientras no se acredite tal circunstancia.

2.18) *Excepción de falta de intimación previa al deudor en la demanda contra el tercero poseedor* (CC, 3162/63)

Mediante esta excepción el demandado en calidad de adquirente de una cosa hipotecada para que abone al actor la deuda hipotecaria, afirma que éste no intimó previamente al deudor originario por el pago del capital y de los intereses, con el objeto de que se paralice el curso del procedimiento hasta que ello ocurra.

2.19) *Excepción de falta de pago del sellado de actuación emergente de un proceso anterior incoado para lograr el beneficio de litigar sin gastos* (art. 338)

Mediante esta excepción el demandado por quien pretende obtener el beneficio de litigar sin gastos afirma que el actor no obló el sellado de actuación en el juicio anterior realizado ni el del principal, con el objeto de lograr la paralización del procedimiento hasta que ello ocurra.

2.20) *Excepción de falta de cumplimiento de las condenas impuestas en un juicio ejecutivo anterior a uno ordinario* (no está legislada como tal en CPC) (CPCN, art. 553)

Mediante esta excepción –a la cual la propia ley citada otorga carácter previo– el demandado en juicio ordinario posterior a otro ejecutivo en el cual resultó vencedor afirma que aún se hallan pendientes de cumplimiento las condenas impuestas en éste, con el objeto de que se paralice el curso del procedimiento mientras ello no se acredite.

Hasta aquí he hecho un simple muestreo meramente enunciativo de distintas circunstancias que, naciendo del mismo proceso en el cual se hacen valer o de otros motivos ajenos a él, son aptas para fundar una *excepción* que debe ser tramitada y resuelta *antes* de continuar con el desarrollo de la serie procedimental por las razones que se han explicado precedentemente en cada caso.

Resulta de todo ello que las excepciones admisibles en proceso en el cual se discute acerca de una pretensión declarativa *no deben considerarse restringidas a las pocas que enumeran algunas leyes,* respecto de las cuales la doctrina afirma su carácter *taxativo.*

El propio art. 139 afirma una *taxatividad* que es inexacta:

a) En juicios *declarativos*, salvo casos de juicio sumarísimo (art. 415) y arbitral (art. 429), procede el arraigo como *excepción previa* (art. 329);

b) En juicios *especiales* (que también son *declarativos*), salvo caso de desalojo (art. 522), también procede el arraigo como artículo previo. Esta afirmación incluye al *juicio oral*, en el cual tramitan con carácter previo las excepciones de *litispendencia* y *cosa juzgada* (arts. 552 y 141);

c) También procede, con efecto similar a la de artículo previo, la defensa temporaria fundada en el art. 328, que puede ser deducida en toda clase de juicios;

d) La excepción de *carencia de acción* (o de *defecto absoluto en la potestad de juzgar*; art. 2 *in fine*), debe considerarse como de artículo previo;

e) Idéntica afirmación a la precedentemente efectuada cabe hacer con las excepciones de *caducidad de la acción* y de *ausencia de capacidad jurídica para ser parte procesal* (no debe ser confundida con las excepciones de *falta de personalidad* y de *falta de personería*) pues con ellas se defiende la vigencia de aceptados presupuestos procesales de la acción: sin ellos no hay proceso válido;

f) Por elementales razones de *economía procesal*, la jurisprudencia se ha inclinado desde antiguo por aceptar el carácter previo de la excepción de *falta de legitimación para obrar* cuando es *manifiesta*. Para ello se ha recurrido a la práctica de considerarla incluida (aunque no es así) en el concepto de excepción de *falta de personalidad*;

g) La excepción de *cosa juzgada* incluye en su seno los supuestos de *transacción* y *desistimiento*, pues producen idéntico efecto al de la sentencia ejecutoriada;

h) Además de todas las mencionadas, deben considerarse incluidas en la enunciación de la norma *todas las defensas temporales* que se consagran en las leyes de fondo (vgr., CC, 2012, 2456, 2484, etcétera).

2.2.1.2. LAS EXCEPCIONES QUE ATACAN A LA PRETENSIÓN PROCESAL DEDUCIDA EN LA DEMANDA

Son las que, teniendo fundamento en la ley de fondo o en la propia ley procesal, opone el demandado en la contestación de la demanda (fase procesal de negación) con el objeto de lograr que el juez rechace al sentenciar la pretensión deducida por el actor en su demanda.

A diferencia de todas las precedentemente enunciadas, no son de interposición ni de resolución previa, en razón de que no atacan a la formación misma del proceso sino al hecho en el cual el actor basa su pretensión o al derecho en el cual lo encuadra.

Conocidas también habitualmente como *defensas generales* o *excepciones perentorias*, admiten ser clasificadas en orden a distintas pautas que se verán a continuación:

1) *Excepciones fundadas en causas extintivas de las obligaciones*

En la legislación argentina coinciden con todos los medios de extinción de las obligaciones enunciados en el CC, 724 y su objeto en general –con alguna

excepción que se verá en el congruo lugar– es lograr que el juez declare extinguida la obligación cuya prestación se reclama.

Son las siguientes:

1.1) *Excepción de pago* (en el juicio ejecutivo, ver art. 475, 4°)

Mediante ella el excepcionante afirma haber cumplido la prestación que hace al objeto de la pretensión reclamada (CC, 725).

1.2) *Excepción de novación* (en el juicio ejecutivo, ver art. 475, 4°)

Mediante ella el excepcionante afirma que la obligación cuya prestación reclama el actor se ha transformado en otra que extinguió a la anterior (CC, 801).

1.3) *Excepción de compensación* (en el juicio ejecutivo, ver art. 475, 5°)

Mediante ella el demandado, reconociendo su calidad de deudor, afirma que es acreedor del actor por deuda intrínsecamente compensable con la reclamada y que ambas son civilmente subsistentes, de carácter líquido, exigible y expedito, con el objeto de qué el juez declare con fuerza de pago a ambas deudas hasta donde alcance la menor y desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir (CC, 818).

1.4) *Excepción de transacción* (art. 141 y, en el juicio ejecutivo, ver art. 475, 4°)

Mediante ella el demandado afirma que en acto jurídico bilateral ha hecho concesiones recíprocas con el actor, extinguiendo la obligación litigiosa (CC, 832) (ver *infra*, #3.1.2).

1.5) *Excepción de confusión* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que, por sucesión universal o por cualquier otra causa, las calidades de acreedor y deudor se han reunido en la persona del actor o del propio excepcionante (CC, 862).

1.6) *Excepción de renuncia de los derechos del acreedor* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que el actor renunció a la obligación cuyo cumplimiento reclama y que el propio excepcionante aceptó tal renuncia (CC, 868).

1.7) *Excepción de remisión de deuda* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que el acreedor de la obligación creditoria reclamada le ha entregado voluntariamente el documento original en donde consta la deuda (CC, 876).

1.8) *Excepción de imposibilidad de pago* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que la prestación demandada se ha convertido, sin su culpa, en física o legalmente imposible de cumplir (CC, 882).

1.9) *Excepción de prescripción (liberatoria)* (en el juicio ejecutivo, ver art. 475, 3°)

Mediante ella el demandado afirma que la obligación reclamada se ha extinguido por simple inacción del acreedor durante el tiempo establecido por la ley para que pueda demandar útilmente (CC, 3949).

2) *Excepciones fundadas en la existencia de vicios en los actos jurídicos*

Coinciden con los vicios de los actos jurídicos que norma la ley civil y tienen por objeto lograr que el juez anule, al sentenciar, el acto en el cual el actor basa su pretensión y, por ende, la rechace.

Son las siguientes:

2.1) *Excepción de incapacidad* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que la obligación cuya prestación se pretende fue contraída sin discernimiento, o sin intención o sin libertad (CC, 900).

2.2) *Excepción* de *error* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación que se le reclama ha incurrido en error acerca de la naturaleza del acto, o sobre su causa principal, o respecto del objeto sobre el que versa, o sobre su cualidad, o sobre la persona con la cual se formó la relación jurídica (CC, 924, 925, 926 y 927).

2.3) *Excepción de dolo* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación que se le reclama fue inducido por una aserción de lo que es falso o una disimulación de lo verdadero, por artificio, astucia o maquinación (CC, 931)

2.4) *Excepción de violencia* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación se empleó contra él una fuerza irresistible (CC, 936) o una intimidación producida por injustas amenazas que llevaron al temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra y bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos (CC, 937).

2.5) *Excepción de simulación* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que la obligación cuya prestación se reclama encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o que por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas

para quienes en realidad se constituyen o transmiten (CC, 955), y que alguno de estos supuestos lo perjudica o tiene fin ilícito (CC, 957) o viola la ley, o fue hecho con el objeto de violar la ley, o de perjudicar a un tercero (CC, 959).

2.6) *Excepción de lesión* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación, el actor –explotando su necesidad, ligereza o inexperiencia– obtuvo una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación (CC, 954).

3) *Excepciones fundadas en el principio de seguridad jurídica*

Dentro de este criterio clasificador pueden establecerse dos grupos diferenciables por los resultados que intentan lograrse con los distintos supuestos:

a) mediante el primero, el excepcionante ataca a la pretensión porque, de alguna manera, ella no se adecua con el sistema jurídico vigente en un lugar y tiempo dados, con el objeto de que el juez la rechace al sentenciar el litigio.

Responden a este patrón las siguientes excepciones:

3.1) *Excepción de inconstitucionalidad* (no está legislada como tal en CPC)

Mediante ella el excepcionante afirma que la pretensión reclamada o el hecho causal en el cual ella se funda o la norma legal que la sustenta contradicen una declaración o un derecho o una garantía contenidos en la Constitución política vigente y, consecuentemente, solicita que no se aplique al caso en litigio.

Para comprender el tema cabe recordar que las constituciones nacen varios siglos atrás como una promesa del gobernante de reconocer algunos derechos puntuales a sus gobernados.

De tal modo, las constituciones escritas vienen a ser una suerte de *pacto de convivencia* entre quien ejerce el poder y quienes deben acatarlo, tendiendo a solucionar por anticipado los eventuales problemas que hipotéticamente podrían presentarse en caso de cumplirse en los hechos un supuesto ineludible en toda la historia de la humanidad: quien ostenta o detenta el poder tiende a hacer abuso de él en obvio detrimento de todos o de algunos de los gobernados.

Una primera lectura de cualquier texto constitucional revela que las que mencioné como *promesas* se componen, en realidad, de declaraciones, derechos y garantías.

Son *declaraciones constitucionales* aquellas formulaciones de carácter solemne que se erigen como principios esenciales del orden jurídico creado.

Son *derechos constitucionales* todos los atributos, facultades, prerrogativas y libertades que el Estado (en rigor, el poder) reconoce a cada uno de los individuos que lo componen.

Son *garantías constitucionales* todos los medios e institutos de seguridad jurídica otorgados a favor de los individuos para que ellos puedan lograr el reconocimiento efectivo de un derecho vulnerado en un momento dado.

Cuando cualquiera de todos ellos resulta desconocido por el actor, o porque mantiene una pretensión intrínsecamente inconstitucional o la basa en vías de hecho o en norma legal que no se adecua al orden piramidal del sistema jurídico, el demandado tiene la posibilidad de deducir la excepción de marras que, a mi juicio, no tiene un momento límite y preclusivo para su presentación.

3.2) *Excepción de causa ilícita de la obligación* (no está legislada como tal en CPC) (en el juicio ejecutivo, ver 475, 2°, donde se niega su admisibilidad)

Mediante ella el demandado afirma que la causa de la prestación reclamada es contraria a las leyes o al orden público (CC, 502) y, por tanto, no puede ser acogida en una sentencia.

3.3) *Excepción de falta de titularidad del derecho o del interés para obrar en el actor* (se la conoce desde siempre con la denominación de *excepción de falta de acción* o *sine actione agit* o *ausencia de legitimación para obrar*)

Mediante ella el demandado afirma en su contestación que el actor no es el titular del derecho a base del cual pretende o, no siendo ello necesario al efecto de demandar, no es titular del interés jurídico para obrar *(legitimatio ad causam)* a base de un derecho del cual es titular otro sujeto; todo, con el objeto de que el juez al sentenciar rechace la pretensión reclamada.

La denominación tradicional de esta excepción halla su explicación en la doctrina clásica que veía en la acción procesal el mismo derecho subjetivo violado, con la cual es congruente.

En la actualidad, aceptada ya definitivamente la autonomía y la abstracción del derecho de acción, parece obvio señalar que dicha denominación no se adecua a la realidad jurídica y que, por tanto, debe ser erradicada: de ahí el título con el cual la he presentado.

La experiencia forense demuestra que esta es una excepción que se opone habitualmente con los más variados objetos.

Sin embargo, debe entenderse que sólo sirve para atacar a la pretensión por razón de los supuestos recién mencionados y respecto de los cuales la doctrina duda entre aceptar a ambos, o a uno u otro como causales de procedencia de la excepción.

Por mi parte creo que es razonable aceptar los dos, por simples motivos de índole práctica ya que, en esencia, constituyen un mismo problema.

El primer caso se relaciona con la *ausencia de titularidad del derecho* (el actor no es el acreedor que dice ser); el segundo se vincula con la *ausencia de titularidad del interés para obrar* (el actor no está legitimado por la ley para demandar): en ambos supuestos, el actor no puede pretender útilmente.

Para comprender qué es la *ausencia de legitimación* debo recordar que en algunas oportunidades la ley civil legitima a ciertas personas (generalmente por *categorías*) para demandar aun sin ostentar la titularidad del derecho (por ejemplo, los titulares de la relación matrimonial son los cónyuges, quienes pueden demandarse recíprocamente pretendiendo la declaración de nulidad del vínculo; sin embargo, y sin perjuicio de ello, algunas leyes otorgan a los *ascendientes* el derecho de demandar la nulidad del matrimonio de un descendiente), de donde resulta útil la distinción doctrinal efectuada al respecto.

Si se compara a esta excepción con la explicada *supra* en el # 2.7) (excepción de ausencia manifiesta de legitimación para obrar) se verá que ambas tienen en mira el mismo e idéntico problema, diferenciándose sólo en que aquélla debe ser *manifiesta* (por cuya razón algunas legislaciones admiten su deducción en forma previa).

b) Mediante el segundo grupo, el excepcionante pretende el no juzgamiento positivo del respectivo litigio para evitar la existencia de caos jurídico.

Las excepciones que responden a ese patrón son:

3.4) *Excepción de cosa juzgada* (en rigor, caso juzgado) (arts. 141 y 552)

Sin perjuicio de remitir al lector a lo que se explicará oportunamente acerca del tema y de lo ya expuesto en la Lección 5, adelanto acá que se entiende por *cosa juzgada (material)* el efecto que nace de una sentencia de naturaleza declarativa cuando ya no es susceptible de impugnación alguna, mediante el cual le está vedado a todos los jueces sentenciar una causa justiciable cuando el respectivo litigio es idéntico a otro que ya ha sido motivo de pronunciamiento anterior, positivo, preciso y resolutorio (para todo, ver la Lección 5).

De no admitirse este efecto, resulta claro que se posibilitaría la eventual coexistencia de sentencias contradictorias, circunstancia ésta generadora de caos jurídico, como ya se explicó en el Lección 5.

Se desprende de ello que, con esta excepción, el demandado afirma que el litigio que contesta ya ha sido juzgado, con el objeto de que el juez rechace la pretensión deducida y disponga el archivo de lo actuado a fin de evitar con ello la posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

Esta excepción se halla legislada de manera diferente en las distintas legisla-

ciones: en tanto algunas le otorgan el carácter de *previa* (dilatoria), otras le asignan calidad de *perentoria*, razón por la cual debe ser decidida al momento de sentenciar y después de haber transitado todo el curso del proceso.

La doctrina subsume en ella otras dos excepciones que algunos códigos norman en forma separada:

3.4.1) *Excepción de desistimiento del derecho,* toda vez que tal desistimiento tiene para las partes el efecto propio de la cosa juzgada (ver art. 229) (CPCN, 305), y

3.4.2) *Excepción de transacción* (ya mencionada anteriormente en el #1.4.), porque cuando tal medio de extinción de las obligaciones versa sobre derechos ya litigiosos, no puede hacerse válidamente sino presentándolo ante el juez de la causa, firmado por los interesados (CC, 838), y luego de ello gana respecto de las partes el efecto de cosa juzgada (CC, 850).

3.5) *Excepción de litispendencia por identidad* (art. 141 y 552)

Sin perjuicio de lo que se explicará en la Lección 20 y de lo ya visto en la Lección 5, la *litispendencia por identidad* tiene lugar cuando coexisten dos litigios cuyas respectivas pretensiones ostentan *idénticos sujetos* (actor y demandado), *idéntico objeto* e *idéntica causa.*

El fenómeno es el mismo que el descrito para presentar la noción de cosa juzgada, de la cual se diferencia porque en ésta los litigios idénticos aparecen *sucesivamente*, en tanto que en la litispendencia lo hacen *contemporáneamente*.

Por tanto, la regla aplicable es la misma: para mantener la vigencia de la seguridad jurídica y, consecuentemente, evitar el caos, sólo podrá ser juzgado *uno* de los litigios coexistentes.

De tal modo, mediante esta excepción el demandado afirma que se encuentra pendiente de procesamiento o de juzgamiento un litigio entre las mismas partes, por el mismo objeto y por la misma causa, a fin de que el juez rechace la pretensión deducida y ordene el archivo del litigio *menos antiguo.*

Los criterios legislativos para determinar la antigüedad de un litigio son variables: para algunos códigos es más antiguo el que primero se inició; para otros, aquel en el cual se notificó primero al demandado; para otros más, por fin, aquel en el cual se contestó primero la demanda.

Creo que el correcto es el primero de los tres, toda vez que la mera promoción de la demanda genera el estado de litispendencia.

2.2.1.3. LAS EXCEPCIONES QUE TIENEN POR OBJETO LOGRAR LA POSTERGACIÓN DE LA EMISIÓN DE LA SENTENCIA

Son las que, sin atacar a la formación misma del proceso ni a la pretensión reclamada en la demanda, opone el demandado en la fase de negación con el objeto de lograr que, una vez terminado el curso de la serie procedimental, el juez postergue la emisión de la sentencia que resolverá el litigio hasta tanto exista pronunciamiento definitivo en otro litigio conexo por la causa o hasta que ambos estén en condiciones de ser sentenciados por un mismo juzgador en acto único de juzgamiento.

Su fundamento es siempre el principio de *seguridad jurídica* explicado en la Lección 8, que tiende a evitar el caos que podrían generar pronunciamientos contradictorios acerca de litigios que ostentan identidad del hecho causal.

En este grupo cabe mencionar a:

1) *Excepción de prejudicialidad* (no está legislada como tal en CPC)

Existen ciertos casos en los cuales la decisión de una pretensión depende de lo resuelto respecto de otro litigio lógicamente previo. Por ejemplo, la pretensión por reconocimiento de filiación matrimonial supone la existencia de un matrimonio válido; la de nulidad de matrimonio por subsistencia de vínculo anterior depende de la validez del primer matrimonio, etc.

Cuando esto ocurre, se dice que existe una *cuestión prejudicial,* lo que significa que debe ser resuelta necesariamente *antes* que el litigio sometido a juzgamiento en razón de que aquélla constituye un antecedente lógico de lo que se decida en éste.

El problema se presenta generalmente en las *cuestiones de estado de familia* y, en tal caso, el juez que conoce del litigio en el cual se alega la prejudicialidad debe abstenerse de emitir sentencia hasta tanto exista pronunciamiento definitivo respecto de la cuestión prejudicial.

Este fenómeno muestra una prejudicialidad que opera exclusivamente dentro del campo civil y que en general no se encuentra normada en las leyes de fondo, lo cual no empece a su aplicación por los jueces toda vez que con ella se respeta el principio de seguridad jurídica.

Otra prejudicialidad –que opera del campo penal hacia el campo civil– se halla habitualmente legislada: ocurre que en caso de ser deducida judicialmente una pretensión civil de resarcimiento de daño causado por delito (o cuasidelito) del derecho penal, la respectiva demanda *no debe ser juzgada* si existe proceso penal pendiente por el mismo hecho causal y hasta tanto haya sentencia definitiva en éste (salvo que el acusado esté ausente o fallezca durante el curso del proceso penal) (CC, 1101).

Y ello es así porque si el acusado es *condenado* penalmente, no puede discutirse en el juicio de naturaleza civil la existencia del hecho principal constitutivo del delito ni ser impugnada la culpa ya declarada del condenado (CC, 1102).

Del mismo modo, si el acusado es *absuelto* no se puede alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual recayó la absolución (CC, 1103).

Como se ve, hay una suerte de transferencia del fenómeno del caso juzgado desde el campo penal hacia el civil: el juez que actúa en éste se halla limitado por lo decidido en aquél respecto de idéntico hecho (que constituye al mismo tiempo delito penal y hecho causal de la pretensión resarcitoria) (ya volveré recurrentemente sobre el tema en la Lección 20).

Resta agregar que la prohibición de discusión acerca de la culpa (del reo penal - demandado civil) existe en tanto ésta haya sido el factor de *imputación causal* y no cuando la pretensión se fundamenta en la sola atribución de *responsabilidad objetiva.*

Surge de lo expuesto que esta excepción se presenta cuando el demandado (civil) afirma en la contestación de la demanda que hay un proceso pendiente cuyo resultado será el antecedente lógico de la pretensión que contesta o que hay un proceso penal pendiente en el que es acusado por el mismo hecho que sirve de base a la pretensión del actor, con el objeto de que el juez se abstenga de emitir sentencia luego de finalizar el curso de la serie procedimental y hasta tanto haya pronunciamiento definitivo acerca de la existencia misma de tal hecho y de su autoría.

2) *Excepción de litispendencia por conexidad causal o por afinidad* (arts. 141 y 552)

Ya me he referido a ella *supra*, en el # 2.9, como excepción que se opone con el objeto de lograr la acumulación de dos procesos conexos por la causa o afines en un solo y único procedimiento.

En la Lección 20 indicaré cuáles son los requisitos para la procedencia de la acumulación.

Por ahora, me concreto a adelantar que ésta exige, por ejemplo, que los respectivos procesos puedan ser sustanciados mediante un mismo *tipo de procedimiento* y que pertenezcan a la misma *competencia.*

Cuando dos procesos pendientes que son conexos por la causa o afines no coinciden en alguno de los requisitos recién mencionados, la acumulación en un procedimiento único resulta materialmente imposible (circunstancia sobre la cual ya advertí al lector en el # 2.9 de esta Lección).

En virtud de que la litispendencia por conexidad causal o por afinidad tiene su origen y razón de ser en la necesidad de mantener la vigencia del principio de seguridad jurídica, que indica que los litigios conexos por el hecho causal deben ser sentenciados en forma tal de que no coexistan pronunciamientos contradictorios, resulta que los dos procesos que no pueden ser acumulados para su tramitación deben serlo para su juzgamiento, que habrá de realizarse por un único juez y en un mismo acto de juicio.

Quién debe ser ese juez constituye un problema al que los ordenamientos legales otorgan distintas soluciones (recuérdese que la conexidad del hecho causal es una de las excepciones a las reglas de la competencia objetiva, ver la Lección 7) o, en algunos casos, simplemente ignoran.

Pero lo cierto es que, legal o jurisprudencialmente, cabe dar clara respuesta al planteo respectivo porque la seguridad jurídica debe privar sobre cualquier prurito procedimental.

Congruente con lo expuesto, se presenta esta excepción cuando el demandado afirma –en la fase de negación o aun luego de vencida ella– que la pretensión reclamada es conexa por la causa o afín con otra que se encuentra pendiente de procesamiento o de juzgamiento y con la cual no se puede acumular por no presentarse en el caso alguno de los requisitos exigidos por la ley al efecto.

De tal modo, la excepción tiene por objeto lograr que el juez se abstenga de emitir sentencia luego de terminado el curso de la serie procedimental con la finalidad de que ella sea dictada por un único juez en un mismo acto de juzgamiento.

De resultar procedente la excepción, y cuando los distintos litigios penden ante jueces diferentes, uno de ellos habrá de declararse incompetente para emitir la sentencia y remitir al otro la causa justiciable.

2.2.1.4. LAS EXCEPCIONES QUE ATACAN A LA PRETENSIÓN DE EJECUTAR UN DERECHO

Ya he adelantado en la Lección 5 que hay pretensiones mediante las cuales el actor desea lograr la *ejecución coactiva* de un derecho que ya ha sido reconocido o declarado en una sentencia *(título ejecutorio)* o que está contenido en un documento al cual la ley le otorga carácter fehaciente (que hace fe por sí mismo) *(título ejecutivo).* El tema será explicado integralmente en la Lección 26.

Cuando un acreedor tiene un título ejecutorio o ejecutivo consistente en instrumento al que la ley ha dado fuerza *ejecutiva* y del cual surge la existencia de deuda *líquida* (determinada) y *exigible* (no sujeta a condición o a plazo) así como la determinación de quiénes son las personas del acreedor y del deudor, puede pretender directamente la ejecución coactiva de la obligación contenida en tal título.

Para que pueda lograr su pretensión, las leyes procesales acuerdan una vía procedimental *(juicio ejecutivo)* que generalmente se muestra más rápida que el trámite propio del proceso en el cual corresponde *declarar* la existencia de un derecho (juicio declarativo ordinario, sumario o sumarísimo).

Como es obvio, en el juicio ejecutivo no pueden ser opuestas excepciones que tienden a atacar el derecho que sustenta a la pretensión, pues tal derecho ya se halla predeclarado en el título que, a su turno, ostenta una *presunción de legitimidad.*

De ahí que las leyes procesales autoricen ciertas excepciones específicas para la ejecución, sin perjuicio de admitir otras que se vinculan con los presupuestos procesales y que he mencionado precedentemente.

Como el régimen legal es contingente, habrá que ver en cada código en particular cuál es el sistema de excepciones consagrado a este efecto.

Las excepciones propias del juicio ejecutivo son:

1) *Excepción de inhabilidad de título* (art. 475, 2°)

El excepcionante afirma al oponerla que el título en el cual basa su pretensión el actor (ejecutante) carece de fuerza ejecutiva porque la ley no le otorgó ese carácter o porque no surge de su texto quién es el acreedor o el deudor o porque no instrumenta una deuda líquida o exigible; todo, con el objeto de que el juez al sentenciar rechace la ejecución.

La generalidad de los códigos que autorizan esta excepción la limitan a los «aspectos puramente externos o extrínsecos del título», queriendo significar que no resulta apta para discutir mediante ella la *legitimidad de la causa de la obligación* contenida en el título.

2) *Excepción de falsedad material* (art. 475, 2°)

El excepcionante afirma al oponerla que el título en el cual basa su pretensión el actor (ejecutante) es falso por adulteración de alguna de sus enunciaciones esenciales, con el objeto de que el juez al sentenciar rechace la ejecución.

Cabe acotar aquí que en la normación de esta excepción ocurre lo mismo que lo apuntado recién acerca de la de inhabilidad de título.

3) *Excepción de quita* (art. 475, 4°)

El excepcionante afirma al oponerla que el actor (ejecutante) ha efectuado una condonación parcial y documentada de la deuda que instrumenta el título ejecutivo, con el objeto de que la ejecución prospere sólo por el importe real de la acreencia.

4) *Excepción de espera* (art. 475, 4°)

El excepcionante afirma al oponerla que el actor (ejecutante) ha otorgado documentalmente un aplazamiento en el cumplimiento de la obligación que instrumenta el título ejecutivo, con el objeto de que la ejecución sea rechazada o prospere sólo a partir de su exigibilidad.

5) *Excepción de compromiso* (art. 475, 4°)

El excepcionante afirma al oponerla que ha acordado con el actor (ejecutante) comprometer en árbitros (someter a decisión arbitral) la obligación que instrumenta el título ejecutivo, con el objeto de que la ejecución sea rechazada.

6) *Excepción de exención* (no está legislada como tal en CPC)

El excepcionante afirma al oponerla que se halla exento de pagar el tributo fiscal cuyo título ejecuta el actor (ejecutante) con el objeto de que la ejecución sea rechazada (ver Código Fiscal, 77, 8°).

3. LA RECONVENCIÓN

Puede suceder, por último, que al contestar la demanda contradiciendo la pretensión del actor, el demandado proponga una propia demanda contra éste.

De tal forma, utiliza el mismo procedimiento ya pendiente para tramitar en él otro proceso (por eso es que la doctrina afirma que éste es un típico caso de *acumulación de acciones*) (art. 142, 5°).

A esta actitud se le da la denominación de *reconvención,* y cuando ocurre, el demandado originario adquiere la calidad de *reconviniente* en tanto que el actor originario la de *reconvenido.* Si el reconviniente decide demandar a alguien más que al reconvenido, éste se denomina *demandado por el reconviniente.*

Para la admisibilidad de la reconvención se requiere imprescindiblemente que la pretensión hecha valer sea conexa por la causa con la deducida por el actor. Como ya se ha visto en la Lección 8, se trata siempre de una conexidad mixta subjetivo-causal.

La reconvención debe reunir los requisitos de toda demanda que ya he explicado en la Lección anterior.

4. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En el # 5 de la Lección 8 expliqué que, con la denominación de *presupuestos,* la doctrina conoce lo en el derecho se menciona con el nombre de *condiciones.*

A fin de facilitar al lector la comprensión de este tema, reitero acá algunas de las ideas allí expresadas: el vocablo *condición* refiere a *toda situación o circunstancia indispensable para que algo sea u ocurra.*

Sistémicamente –y, en concreto, respecto de la contestación de la demanda– parece importante definir ahora tres circunstancias que se relacionan con:

1) la razón del acto (su *porqué*);

2) su realización (sus *qué, cómo, cuándo* y *dónde*) y

3) su objeto (su *para qué*)

Veamos ahora los específicos presupuestos de la contestación de la demanda.

4.1. EL SUPUESTO PRECEDENTE DE LA PRESENTACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El supuesto precedente de la demanda es la admisión por el juez de la demanda incoada por el actor contra el demandado.

Como se ve, este supuesto hace al *porqué* de la contestación.

Nótese que no hablo de que se haya conferido un traslado al efecto, pues *con o sin traslado* el demandado siempre tiene elemental y obvio derecho a buscar su propia liberación del proceso, contradiciendo la pretensión reclamada u oponiendo las excepciones que fueren menester.

4.2. EL SUPUESTO CONSECUENTE DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El *supuesto consecuente* de la contestación es lograr el convencimiento favorable del juez al momento de sentenciar respecto de la sin razón de la pretensión del actor (con lo cual la rechazará) o de la razón de la excepción del demandado (con lo cual la acogerá).

4.3. LOS REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Siempre son las condiciones actuales de realización del acto y definen *cómo, cuándo* y *dónde* debe efectuarse útilmente.

Por supuesto, al haber concebido a la actividad del demandado como una forma de instar que sólo se diferencia de la del actor en cuanto aparece en tiempos sucesivos, razón por la cual la doctrina moderna le otorga la denominación de *reacción,* cabe advertir liminarmente que estos presupuestos exhiben exacta similitud con los pertinentes de la acción y de la demanda; por tanto, cabe remitir a lo expuesto en el # 2 de la Lección 4 y al # 3 de la Lección 17, cuyos contenidos doy por conocidos ahora.

Sin embargo, cabe hacer algunas consideraciones específicas para el caso,

respecto de los distintos presupuestos que, al igual que los propios de la demanda, son intrínsecos y extrínsecos.

Los explico.

4.3.1. LOS REQUISITOS INTRÍNSECOS DE CARÁCTER GENERAL

Son seis: 1) capacidad procesal del demandado; 2) en su caso, adecuada representación del demandado que carece de capacidad procesal; 3) adecuado derecho de postulación del demandado; 4) contenido eficiente de la contestación de demanda u oposición de excepciones; 5) invariación de la pretensión demandada:

Los explico:

1) *Capacidad procesal del demandado*

A lo ya explicado acerca del mismo tema relativo a la demanda, corresponde agregar ahora que cuando ella se dirige contra una persona fallecida o cuando el ya demandado fallece durante el curso de la serie procedimental, queda obviamente impedida la formación válida del proceso por falta de capacidad jurídica de aquél.

Para descartar el problema y lograr un proceso válido en el cual exista un adecuado contradictorio, corresponde citar a los herederos del causante para que ellos tomen su participación en el proceso.

La generalidad de las leyes que adoptan expresamente esta solución prevén que la citación debe ser efectuada mediante *edictos*; además, establecen que si los interesados no comparecen cabe la designación de un *curador* que habitualmente cumple una doble función: la de *curador ad hoc de la herencia* y la de *defensor de los herederos rebeldes,* carácter en el cual actúa durante el curso faltante de la serie procedimental (art. 597).

2) *Adecuada representación del demandado*

A lo ya explicado en la Lección 17 cabe agregar aquí que ante la carencia de este presupuesto –porque el demandado civilmente incapaz no ha comparecido por medio de su representante legal o porque éste o un representante convencional no han acreditado debidamente el carácter que dicen investir– es el propio *actor* quien puede atacar la situación para lograr que el proceso sea realmente útil a los fines de la composición del litigio.

Son escasos los códigos que norman al respecto.

3) Adecuado *derecho de postulación en el demandado*

Resulta plenamente aplicable al caso todo lo expuesto en la Lección 17 al tratar el correlativo presupuesto de la demanda.

A modo de complemento, añadiré aquí que en los regímenes legales que otorgan sólo a un *abogado* el pleno ejercicio del derecho de postulación para que actúe como un intermediario entre el juez y la parte procesal, se contemplan excepciones para que ésta pueda postular por sí misma.

A simple título enunciativo, diré que esto puede ocurrir para comparecer al proceso y tomar participación en él, solicitar medidas urgentes, contestar intimaciones y requerimientos de carácter personal, solicitar el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, recibir órdenes de pago, etc.

Fácil es de comprender la razón de ser de cada uno de los supuestos recién mencionados.

4) *Contenido eficiente de la contestación de demanda o de oposición de excepciones*

En una correcta contestación, el demandado debe limitarse a negar cada uno de los hechos expuestos por el actor para fundar su pretensión, de modo de convertirlos en contradichos y, así, generar la respectiva carga confirmatoria en cabeza de él.

Para que esto sea posible, las leyes procesales en general sujetan la presentación de la contestación de la demanda a varios *requisitos generales* (intrínsecos y extrínsecos) necesarios de cumplimentar por el demandado para que ella sea *admisible* (lograr su objeto de trabar el litigio y de posibilitar la apertura el período confirmatorio) (ver el # 2.3.2.).

5) *Invariación de la pretensión demandada*

Este es un presupuesto propio de la contestación de la demanda que no aparece como tal en ningún texto de doctrina y, sin embargo, debe integrar necesariamente la nómina que aquí se desarrolla.

Y es que, para asegurar un debido contradictorio, las leyes en general establecen que una vez conferido y notificado el traslado de la demanda, generándose así la carga de responder, el actor no debe variar ninguno de los elementos de la pretensión deducida (arg. a contrario, art. 135).

Esta es la circunstancia que me lleva a incluir el presupuesto de marras dentro de este titulo, ya que cuando el juez coloca al demandado frente a la carga de contestar y le notifica de la respectiva providencia, resulta obvio que éste habrá de atenerse a la pretensión vigente en ese momento.

De ahí que, como consecuencia de la aceptación de este presupuesto, cabe afirmar la absoluta ineficacia de cualquier variación posterior y aun la que se efectúe antes del vencimiento del plazo otorgado para responder.

Para comprender mejor el problema, cabe aclarar que la generalidad de las leyes procesales autoriza que el actor modifique su demanda tantas veces como quiera pero siempre *antes de notificar* el respectivo traslado.

Luego de ello, y con la condición de *no variar la causa de la pretensión*, las mismas leyes autorizan al actor a *ampliar* la cuantía del reclamo y a *moderar* o *reducir* el objeto pretendido (arts. 135 y 136).

4.3.2. LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Estos requisitos son:

1) *Contestación que reúna los requisitos legales de oportunidad y forma*

Al igual que la demanda, la contestación está sujeta a requisitos legales concernientes a la *forma;* y, además –cosa que no rige para la demanda, salvo el caso de caducidad de la acción– a exigencias de *oportunidad,* propias ambas del instar del demandado. Esto explica la inserción del presupuesto en la nómina que aquí desarrollo.

Los requisitos de *forma* que generalmente consagran las leyes procesales son:

a) en lo pertinente, debe observar las reglas establecidas para la confección de la demanda detallados en la Lección anterior (art. 142, 1°);

b) debe contener una confesión o negativa expresa y categórica de cada hecho expuesto en la demanda pues el silencio al respecto o una respuesta evasiva o una negativa general (y no específica) pueden ser estimados por el juez al sentenciar como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren (art. 142, 2°);

c) también debe reconocer o negar el demandado la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyen y la recepción de cartas o telegramas a él dirigidos, so pena de que el juez al sentenciar los tenga por reconocidos o recibidos, según el caso (art. 142, 3°);

d) debe también oponer *todas* las defensas que por su naturaleza no tengan el carácter de previas, especificando con claridad los hechos que las apoyan (art. 142, 4°);

e) por último, debe deducir reconvención, si ella es admisible (art. 142, 5°).

Los requisitos de *oportunidad* que generalmente consagran las leyes procesales consisten en plazos diferentes para cada tipo de procedimiento (ordinario, sumario, sumarísimo, etc.) que son puramente contingentes. Por tanto, para conocer un plazo determinado el lector tendrá que ocurrir a la respectiva legis-

lación: en SFE, 15 días en juicio ordinario (art. 398); 5 días en juicio sumario (art. 408); 10 días en juicio sumarísimo autónomo y 3 días en juicio sumarísimo incidental (art. 413, 3°); 20 días en juicio oral (art. 548).

2) *La competencia del juez*

A lo ya explicado en las Lecciones 4 y 7 cabe agregar acá algunas reflexiones atinentes a la situación del demandado pues, tal como lo he sostenido ya innumerables veces, es menester que el juez sea un real tercero frente a las *dos partes litigantes,* ante quienes debe mostrarse competente objetiva y subjetivamente.

Ya conoce el lector que la mera interposición de la demanda fija, respecto del actor, la competencia objetiva y la subjetiva del juez; de allí que pueda señalarse congruentemente que, luego de admitida la demanda, el actor pierde la posibilidad de *cuestionar* su competencia y la facultad de *recusar* al juez sin causa o por alguna de las causales relativas existentes con anterioridad al momento de demandar (ver Lección 7).

Pero ello no supone, obviamente, que ocurra otro tanto con el demandado, quien dentro de los límites temporales que establecen al efecto las leyes procesales, puede denunciar una incompetencia subjetiva mediante el tipo de recusación que quepa y, aún más, una incompetencia objetiva por alguna de las vías declinatoria o inhibitoria explicadas en la Lección 7.

Cuadro Sinóptico

DERECHO DE DEFENSA
EN JUICIO CIVIL

ACCIÓN	DEMANDA					
REACCIÓN	ABSTENCIÓN					
	SUMISIÓN	Allanamiento Confesión Reconocimiento				
	OPOSICIÓN	Contradicción				
		Excepciones que	Atacan a la acción con el objeto de lograr su	Extinción	1. Carencia 2. Caducidad de acción 3. Incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal	
				Paralización a base de circunstancias que	Nacen del proceso	1. Incompetencia 2. Falta de capacidad procesal del actor 3. Falta de personería en el actor 4. Falta de derecho de postulación en el actor 5. Defecto legal en el modo de proponer la demanda 6. Inadecuada acumulación de pretensiones
					Nacen fuera del proceso	7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas 12. Días de llanto o luto 13. Plazo para hacer inventario 14. Contrato incumplido 15. Beneficio de excusión 16. Prohibición de iniciar juicio petitorio pendiente posesorio 17. Prohibición de iniciar juicio petitorio antes de haber satisfecho las condenaciones de posesorio anterior 18. Falta de intimación previa al deudor en la demanda contra el tercero poseedor 19. Falta de pago del sellado de actuación emergente de proceso anterior para lograr el beneficio de litigar sin gastos

REACCIÓN	OPOSICIÓN	Excepciones que	Atacan a la pretensión (defensas generales) fundadas en	Causas extintivas de las obligaciones	1. Pago 2. Novación 3. Compensación 4. Transacción 5. Confusión 6. Renuncia a los derechos del acreedor 7. Remisión de deuda 8. Imposibilidad de pago 9. Prescripción (liberatoria)
				Vicios de los actos jurídicos	1. Incapacidad 2. Error 3. Dolo 4. Violencia 5. Simulación 6. Lesión
				El principio de seguridad jurídica	1. Inconstitucionalidad 2. Causa ilícita de la obligación 3. Falta de titularidad del derecho o del interés para obrar 4. Cosa juzgada -Desistimiento del derecho -Transacción 5. Litispendencia por identidad
			Tienen por objeto la postergación de la emisión de la sentencia	1. Prejudicialidad 2. Litispendencia por conexidad causal o por afinidad	
			Atacan a la pretension de ejecutar un derecho	1. Inhabilidad de título 2. Falsedad material 3. Quita 4. Espera 5. Compromiso 6. Exención	
	RECONVENCIÓN				

LECCIÓN 19

LA CONFIRMACIÓN PROCESAL[1]

SUMARIO

1. El concepto y su relación con el vocablo *prueba*
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal
   2.1. Política legislativa en cuanto a la confirmación procesal
   2.2. Actividad del juzgador en la etapa confirmatoria
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal
   3.1. Objeto (qué puede ser confirmado)
   3.2. Tema (qué debe ser confirmado)
   3.3. Fuente (de dónde se extrae la confirmación)
   3.4. Incumbencia (quién debe confirmar): sistemas
   3.5. Medios (cómo se confirma)
      3.5.1. En general
         3.5.1.1. Comprobación
         3.5.1.2. Acreditación
            3.5.1.1.1. Instrumento
            3.5.1.1.2. Documento
            3.5.1.1.3. Monumento
            3.5.1.1.4 Registro
         3.5.1.3. Mostración
         3.5.1.4. Convicción
            3.5.1.4.1. Confesión
            3.5.1.4.2. Juramento
            3.5.1.4.3. Peritaje de opinión
            3.5.1.4.4. Testimonio
            3.5.1.4.5. Indicio y presunción
      3.5.2. En particular
         3.5.2.1. "Prueba" de confesión
            3.5.2.1.1. Requisitos
            3.5.2.1.2. Retractación
            3.5.2.1.3. Valoración judicial
            3.5.2.1.4. Absolución de posiciones

---

1 Esta Lección ha sido ya publicada con algunas variantes en el libro *La prueba judicial (algunas reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)* por Editorial *Tirant Lo Blanch*, Valencia, España, 2006 y por edit. Juris, Rosario, Argentina, 2008.

3.5.2.2. "Prueba" de documentos
3.5.2.2.1. Requisitos
3.5.2.2.2. Valoración judicial
3.5.2.3. "Prueba" de peritos
3.5.2.3.1. Requisitos
3.5.2.4. "Prueba" de testigos
3.5.2.4.1. Requisitos
3.5.2.4.2. Valoración judicial
3.5.2.5. "Prueba" de informes
3.5.2.5.1. Requisitos
3.5.2.6. "Prueba" de indicios y presunciones
3.5.2.6.1. Requisitos
3.5.2.7. "Prueba" de inspección ocular
3.5.2.7.1. Requisitos
3.6. Procedimiento (cuándo se confirma)
3.6.1. Etapas
3.6.1.1. Ofrecimiento
3.6.1.2. Aceptación
3.6.1.3. Admisión
3.6.1.4. Producción
3.7. Etapa de alegación
3.7.1. Evaluación por las partes
3.7.2. Evaluación por el juzgador
3.7.2.1. Sistema tasado
3.7.2.2. Sistema convictivo

1. EL CONCEPTO DE *CONFIRMACIÓN* Y SU RELACIÓN CON EL VOCABLO *PRUEBA*

Al igual que otras muchas palabras que se utilizan habitualmente en el Derecho, el vocablo *prueba* también ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equivocidad al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante.

En efecto: si castizamente el verbo *probar* significa *examinar las cualidades de una persona o cosa* y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa –y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos– parece que es, al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra *prueba*. Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media.

Una rápida visión panorámica por la doctrina autoral nos muestra que hay quienes le asignan a la palabra *prueba* un exacto significado científico (*aseveración incontestable* y, como tal, *no opinable*), en tanto que muchos otros –ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad– hablan de: *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de *búsqueda de la verdad real*, de *certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de *convicción* (resultado de precisar a

uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etc.

En estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicomprensivo de muchos significados que ostentan diferencias de matices que se exhiben tanto como sustanciales cuanto levemente sutiles, los códigos mezclan el *medio* (y el *resultado*) de la *prueba pericial*, por ejemplo, con el medio *confesional*, el *documental* con el *testimonial*, etc., y –para mayor confusión– no otorgan paralelamente al juzgador reglas claras para efectuar una adecuada valoración acerca de lo que en realidad puede obtenerse como resultado confiable con cada uno de tales medios, que se muestran siempre harto disímiles entre sí.

Como se ve, el tema es de la mayor importancia y exige una adecuada explicación.

En el plano de la pura lógica, cuando una *afirmación* cualquiera (el cielo es azul, por ejemplo) es *contestada* (negada: por ejemplo, el cielo no es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de *verdad definitiva* con la cual pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una *simple proposición* que requiere ser *demostrada* por quien desea sostenerla.

Dados los alcances de la ciencia actual, no puede escapársele al lector que, por otra parte, *existen afirmaciones científicas definitivamente incontestables*: por ejemplo, la existencia de la *ley de gravedad*, la rotación del planeta alrededor del sol, etc.

Adviértase que si se lanza un objeto hacia el cielo, por ejemplo, inexorablemente caerá: una o un millón de veces (en rigor, tantas cuantas se arroje el objeto). Esto permite la formulación de una *ley física* cuya existencia se probará *siempre*, en *todo tiempo*, en *todo lugar* y por *toda persona*, sin admitir jamás la posibilidad de la existencia de opiniones encontradas acerca de ella. Lo mismo ocurre, por ejemplo, si se desea verificar el movimiento de la Tierra: Galileo Galilei ya no podría tener contestatarios... En ambos casos, hay una *prueba científica* acerca de la proposición.

Compare ahora el lector estos resultados definitivamente incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas (recuerde el lector la magnífica obra de Marco Denevi "*Rosaura a las 10*"[2] y comprobará cuán exacta es esta afirmación).

---

2 La novela está diagramada sobre la exclusiva base de distintos testimonios, ninguno de los cuales concuerdan entre sí.

Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos "medios de prueba" hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra *prueba* y prefiera el uso del vocablo *confirmación* (significa *reafirmar una probabilidad*): en rigor, una afirmación negada se *confirma* con diversos medios que pueden generar *convicción* (no *certeza* o *crédito*) a un juzgador en tanto que no la generan en otro.

De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba propiamente dicha) que no admite opinabilidad alguna.

2. LOS PROBLEMAS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

Varios y disímiles son los problemas que muestra el tema cuando se pretende conocerlo en toda su extensión.

El primero de los principales de ellos tiene que ver con la asignación del papel que le toca cumplir al juzgador respecto de la actividad de *confirmar los hechos*: se trata de determinar *a priori* y desde la propia ley cuál debe ser su actuación procesal en cuanto a la búsqueda y captación de los hechos litigiosos.

El segundo de los problemas aludidos tiene que ver con los *deberes* y *facultades* que los jueces *deben* o *pueden* ejercitar durante el desarrollo de la etapa confirmatoria.

Los trataré a continuación.

2.1. LA POLÍTICA LEGISLATIVA EN CUANTO A LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

Analizando la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria (o *probatoria*, en el lenguaje habitual), la doctrina y las diferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles en orden a la filosofía que inspira al legislador de una normativa dada.

En otras palabras: son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca *verificar* los hechos, o bien si debe *comprobarlos*, o *acreditarlos*, o *buscar la certeza de su existencia* o la *verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad* o, más simplemente, contentarse con *lograr una mera convicción* acerca de los hechos controvertidos en el litigio.

Por cierto, entre cada una de tantas inocentes palabras –que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario– existe diferencia sustancial. En rigor, un mundo de distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el *autoritarismo procesal* –que los hay, y muchos– de quienes sostienen que el proceso

no es *medio de control social o de presión* sino que es *garantía de libertad* en un plano constitucional.

Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente. En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados: por un lado existe una decidida vocación popular –sostenida por numerosos medios de información– que pregona la necesidad actuar de inmediato y de castrar al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, vedar toda excarcelación, etc.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*[3] y éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*[4] *procesal*, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles*, más *comprometidos con su tiempo*, con la Verdad y con la Justicia.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, de la del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución.

En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

---

3 Se entiende por ser *solidario* el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La idea se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario. Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata –nada menos– que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etc. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

4 Se entiende por *decisionismo* el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

A esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*) se le da el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, etc.) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿quién no quiere la Verdad? Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre sino de no colocarlas por encima de la Constitución.

Recuerde el lector que la *Inquisición española*, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto que comprometidos *sólo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr a la postre el mantenimiento de la paz social.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas antagónicos de enjuiciamiento: *inquisitivo y dispositivo,* que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En fecha relativamente reciente –1998– ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires (Argentina) que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *prohíbe que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación!*

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal...*[5].

5 ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, que habitualmente sí maneja derechos disponibles, *no sólo* puede *sino que* debe *salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales?* ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

2.2. LA ACTIVIDAD DEL JUZGADOR EN LA ETAPA CONFIRMATORIA

El tema merece una aclaración previa: en toda esta obra, la Lección que aquí desarrollo es la que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente.

Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento que ya he explicado antes.

Durante casi toda la historia del Derecho se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador sólo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de la *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social.

Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo* pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación).

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema:

a) en tanto en el primero el juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida,

b) en el segundo el juez actúa –comprometiendo su imparcialidad– como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella

hacer *Justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...

El tema no sólo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante, pues quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos.*

El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos,* esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan sólo porque *alguien los valora...*?

En otras palabras: los valores, como tales, ¿son *absolutos* o *relativos*? (Una puesta de sol o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?)

Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento.

Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad –en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas– y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo. Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual.*

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo.

Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe primar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate....

Lo primero que se le ocurrirá al lector es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*).

Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo*. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definirlas* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿quién piensa lo mismo hoy?).

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que *la verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*.

Si esto es correcto –y creo firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real...*? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición?

> El deber judicial de "adoptar todas las medidas que [el juez] estime conducentes al esclarecimiento de los hechos" está previsto de manera general en el art. 21 y se refuerza en el art. 556, 3°, para el supuesto de *juicio oral*.

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en *normadores primarios*, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como *normadores secundarios* (creando la ley sólo cuando ella no está preordenada por el legislador).

Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador –no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno– hace literalmente lo que quiere... Cual el cadí.

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Es dato conocido ya por el lector que la serie procesal comprende cuatro pasos: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión).

Sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas.

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia,* en la cual el juzgador debe *normar específicamente* el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (...quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare...). Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuerde el lector que –lógicamente– no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena...

Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento.

De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado.* Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido –y, por ello, los muestra y glosa– el juzgador debe *encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro,* declarando un derecho y, en su caso, condenado a alguien al cumplimiento de una cierta conducta.

En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

3. LOS PROBLEMAS TÉCNICOS DE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

De lo precedentemente explicado se desprende ahora la extrema importancia del tema en cuestión: la ley debe regular con todo detalle lo relativo a:

- *qué puede* ser confirmado (*objeto* de la confirmación),
- *de dónde debe extraerse* la confirmación (*fuente* de la confirmación),
- *qué debe* ser confirmado (*tema* de la confirmación),
- *quién* debe confirmar (*incumbencia* de la confirmación),

- *cómo* ha de hacerse la confirmación (*medios* de confirmación),
- *cuándo* y *dónde* ha de hacerse la confirmación (*procedimiento* de la confirmación).

Todo ello será explicado a continuación.

3.1. EL OBJETO DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) (*QUÉ PUEDE SER CONFIRMADO*)

Ya he recordado recién que todo litigio supone, esencialmente, *la afirmación de un hecho* ocurrido en el plano de la realidad social. Por tanto, el objeto de la confirmación *será siempre un hecho* susceptible de ser confirmado.

Con esta aseveración queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea *ley en sentido formal* y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación y publicación).

Tal ley se supone conocida por todos –sin admitir prueba en contrario (CC, 20)– y, particularmente, por el juzgador, para quien rige en este aspecto la regla procesal *iura novit curiæ* (el juez conoce el derecho) (ver Lección 9) (art. 243).

De este modo, constituyen *verdaderos hechos* a los fines confirmatorios todas las expresiones de la *ley en sentido material* no formal: las resoluciones generales no publicadas en el Boletín Oficial respectivo, las ordenanzas municipales, los convenios colectivos de trabajo, los usos y la costumbre, etc. y, por supuesto, la ley extranjera en cualquiera de sus formas.

Claro está: lo que *puede ser confirmado no siempre debe serlo.* Para elucidar sobre qué debe versar la confirmación, hay que desarrollar el punto siguiente.

3.2. EL TEMA DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) (*QUÉ DEBE SER CONFIRMADO*)

Ya se ha visto que –en el desarrollo de la serie procesal– la etapa confirmatoria viene después de la correspondiente a la de negación por el demandado (o imputado) de los hechos afirmados por el actor (o acusador).

Si ambos contendientes están de acuerdo acerca de la existencia de los hechos afirmados (es decir: no hay negación de ellos y, por tanto, no hay *hechos contradictorios*), se acostumbra a decir entre los procesalistas que miran exclusivamente a la pretensión civil que no hay *controversia,* de modo que la *cuestión es de puro derecho* y, por ende, *nada hay que confirmar en el respec-*

tivo proceso. Obviamente, no puede ocurrir cosa similar cuando la pretensión es penal, respecto de la cual el imputado no tiene carga de contestar al ampararse sólo en *su constitucional estado de inocencia.*

A este supuesto de *no controversia* quedan legalmente equiparados en innumerables leyes procesales los casos referidos a *contestación evasiva* y *admisión tácita de hechos por falta de negación específica.* Por cierto, lógicamente quedan equiparados a los de esta especie los *hechos admitidos* y los *hechos presumidos por la ley.*

> Las consecuencias de la falta de contestación de demanda y de la respuesta evasiva están previstas en los arts. 143 y 142, 2°, respectivamente.

Por lo contrario, si en la etapa pertinente hubo negación, de entre todos los hechos que en general son susceptibles de ser confirmados, en el caso concreto habrán de serlo sólo y exclusivamente los *hechos controvertidos* (son los hechos afirmados por una parte y negados por la otra).

> La causa se abre a prueba sólo si hay hechos *controvertidos* o *de demostración necesaria* (art. 145).
>
> La prueba debe recaer sobre los hechos contradichos o afirmados en el proceso (art. 145).

Puede ocurrir también a veces que, maguer no existir negación en el caso y, por ende, no haber hechos controvertidos acerca de los cuales tenga que recaer la tarea confirmatoria, *el actor deba confirmarlos del mismo modo que si hubieran sido negados*: esto ocurre siempre que:

a) esté comprometido el *orden público* (por ejemplo, en los litigios que versan acerca de cuestiones de estado de familia). Doctrinalmente, este supuesto se conoce con la denominación de *cuestión de demostración necesaria* (art. 145);

b) haya *respuesta en expectativa* de los defensores de ausentes, de los herederos de un causante, del curador de un insano, etc., a quienes la ley autoriza a no negar hechos (que obviamente no pueden conocer por boca de sus defendidos) y permite que efectúen una negativa genérica sólo para provocar el contradictorio.

En ambos supuestos, la confirmación debe ser efectuada del mismo modo que si hubiera mediado negativa expresa respecto de la pretensión deducida.

De tal forma, se da la denominación de *tema de confirmación* a lo que la parte que afirmó un hecho *negado* (o de *demostración necesaria*) *debe confirmar aquí y ahora* para que su pretensión quede expedita al momento de ser sentenciada por el juzgador.

Sin embargo, y no obstante haber sido negados en la etapa respectiva de un proceso, hay varios tipos de hechos respecto de los cuales se acepta uniformemente en la doctrina que son insusceptibles de ser confirmados: los *evidentes*, los *normales*, los *notorios*, los *presumidos por la ley* y los *negativos*.

En otras palabras, no importa al efecto si son negados o no en la respectiva etapa procesal: tales tipos de hecho están *exentos de confirmación*, por las razones que seguidamente se verán en cada caso.

a) *Hechos evidentes*

Son los conocidos por *todos* los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella. Por ejemplo, nada hay que justificar para sostener que durante el día se tiene mejor visión que por la noche, en la cual los objetos en general se ven con mayor dificultad, o que en el invierno hace más frío en que el verano (por supuesto, es tema de confirmación la alegación contraria).

Esta afirmación no contradice otra anterior: cuando referí que el juez no puede hacer valer su *conocimiento personal* del hecho litigioso queda obviamente excluido todo lo que el juez puede conocer y conoce como cualquier otro hombre –y todos los hombres– por el sólo hecho de serlo.

b) *Hechos normales de convivencia*

En una sociedad dada, son los que conforman un nivel medio generalizado de comportamiento entre los coasociados, que permite al juez –que también lo practica y lo observa en sus propias relaciones sociales– aceptarlo como *conducta normal del grupo social.*

Y es que cuando cualquier hombre observa que algo se verifica siempre de la misma manera en todos o en el mayor número de casos, aplica ese resultado de *generalidad* a todo supuesto acerca del cual deba emitir opinión, entendiendo que es altamente posible que ocurra en particular lo que siempre acaece en general.

Casi todos estos hechos aparecen habitualmente como *presumidos por la ley*: la *buena fe* en las relaciones humanas, la *finalidad lucrativa* de los actos de comercio, la *capacidad* de la persona adulta, etc. Pero en nada empece al concepto la circunstancia de que alguna ley no los presuma.

c) *Hechos notorios*

Son los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas (no por *todas,* como el hecho *evidente*) en una cultura, sociedad o medio determinado. Por ejemplo, el horario de la rueda de negocios en pleito entre corredores de Bolsa; la ubicación de un hospital en pleito entre médicos que trabajan en él y relacionado con un daño allí producido; etc.

Hasta aquí parece clara la conceptuación y la utilidad de esta clasificación fáctica, que tiene en mira el no hacer pesar sobre el incumpliente el incumplimiento de una carga confirmatoria, posibilitando así la dispensa judicial de tal inactividad. En otras palabras: si se niega un hecho y luego no se confirma por quien lo invocó, el juez puede tenerlo por confirmado so capa de que, para las partes, es *hecho notorio.*

Pero el tema acerca del cual cabe reflexionar no es *si el hecho notorio lo es para las partes* sino *si lo es para el juzgador,* quien debe tenerlo o no por *confirmado.*

En efecto: ¿por qué debe saber un juez el horario de la rueda de la Bolsa de Comercio o la ubicación de un inmueble dentro del ejido municipal?

Si no lo sabe y, por ello, el propio juez concurre a constatar tal horario o tal dirección, se aparta de los deberes que puede ejercitar en un sistema acusatorio, siendo ilegítimo lo que haga al respecto en razón de violar con ello su propio deber de imparcialidad. Y si no hace, ¿cómo lo sabe?

Estas preguntas determinan que el tema referido a esta clase de hechos no sea pacífico en la doctrina. Hay quien opina –y creo que con razón– que han sido instituidos doctrinal y jurisprudencialmente en el sistema inquisitivo que nos rige como un medio para evadir y superar el límite investigativo que fija la falta de controversia acerca de la existencia de un determinado hecho. De tal forma, y por la vía de la invocación a este tipo de hecho, el juez puede hacer valer su propio saber personal respecto de tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y confirmado en el litigio. Y esto no es jurídicamente bueno y conspira contra toda idea de imparcialidad judicial.

d) *Hechos presumidos por la ley*

Son los que la ley admite como ciertos, aceptando (presunción *juris tantum* o *relativa)* o no (presunción *jure et de jure* o *absoluta*) prueba en contrario.

Por ejemplo: es *matrimonial* el hijo nacido durante el matrimonio o hasta trescientos días después de disuelto; la *concepción de un hijo* se produce entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento; etc.

e) *Hechos negativos:*

Son los que importan la alegación de una omisión o de una calidad o cualidad negativas.

Por ejemplo,

- la afirmación de que una letra de cambio no fue presentada al cobro por su tenedor (afirmación de *omisión*), o

- la afirmación de que alguien no es integrante de una asociación cualquiera (negación de *calidad*), o
- la afirmación de que alguien no es buena persona (negación de *cualidad).*

Como fácilmente puede ser comprendido, el hecho negativo no admite un medio de confirmación *directo* –no puede ser percibido lo que no existe– sino sólo *indirecto,* mediante la confirmación de un hecho positivo que descarte lógicamente al negativo (insisto: no puedo probar que soy soltero pero si que soy casado, con lo cual descarto la soltería).

Todos estos supuestos, aunque afirmados y negados en la controversia, quedan –y siempre deben quedar– exentos de toda confirmación procesal directa por parte de quien los afirmó como sustento de su pretensión.

No obstante, pueden ser confirmados indirectamente a través de la acreditación de la existencia de *hechos positivos* que necesariamente los excluyen, cuya carga confirmatoria puede variar en cada caso y que generalmente pesa o debe pesar sobre la parte que lo invocó (no sobre la que lo negó).

Por ejemplo, nada puede confirmar el marido que impugna una filiación matrimonial afirmando no haber tenido cohabitación con su mujer durante el tiempo que ley presume que se operó la concepción (hecho negativo), cosa que si es sencillo para la mujer ya que para ella es un *hecho positivo.*

Igualmente, nada debe confirmar quien afirma que no le fue presentada al cobro una letra de cambio porque le resulta materialmente imposible hacerlo. En cambio, bien puede acreditar tal circunstancia el tenedor, con sólo presentar testigos al efecto.

3.3. LA FUENTE DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) *(DE DÓNDE SE EXTRAE LA CONFIRMACIÓN)*

En la doctrina contemporánea, no son muchos los autores que refieren a este tema y, cuando lo hacen, parecería que alguien confunde el *origen* (persona, cosa o lugar) donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el *mismo hecho que se procura confirmar.* Basta efectuar una simple lectura de alguna obra que trate el tema para advertir sin más la veracidad de este aserto.

Tal vez por eso es que la mayoría de los autores no desarrolla el tema, abordándolo tangencialmente al explicar cuáles son los *medios de confirmación.*

A mi juicio, conviene detenerse en la formulación del concepto de *fuente* toda vez que la cabal comprensión del fenómeno permitirá al estudioso distinguir entre *medio* y *fuente* de confirmación.

Una simple reflexión acerca del tema posibilita distinguir lógicamente entre la *persona que declara* (*fuente* del conocimiento que deja llegar a la comprensión del hecho) y la *declaración que la misma persona hace ante un juzgador* acerca de ese hecho (*medio* por el cual se confirma).

Y esta diferenciación logra que el intérprete pueda ver distintas condiciones o requisitos en ambas ideas: en tanto que, por ejemplo, el *testigo* –como *fuente*– tiene que mostrar un mínimo de capacidad (edad, no insania, etc.), de comprensión inteligente y de conocimiento del hecho (de lo contrario, no sería *fuente*), su declaración debe exhibir una clara ajenidad respecto del litigio y ajustarse estrictamente al deber de decir la verdad...

Así las cosas, la confirmación de un hecho cualquiera debe ser buscada por el interesado en las siguientes posibles fuentes:

1) las *personas físicas* que lo conozcan y puedan declarar acerca de su existencia en el plano de la realidad social. Tales personas son las *propias partes litigantes* y los *terceros ajenos a ellas* y, por ende, no interesados en el resultado final del litigio.

Sus declaraciones son aportadas al proceso por diferentes *medios*, que luego se explicarán y que se distinguen según que la declaración la efectúe la propia *parte litigante* (*confesión*) o un *tercero* que, a su turno, puede ser simple conocedor de hechos (*testimonio*) o capacitado para emitir una opinión fundada acerca de alguna ciencia, técnica, industria, arte, etc. (*peritaje*);

2) las *personas jurídicas*, (que, obviamente, no pueden *declarar*) respecto de las constancias que se hallan registradas en los libros que la ley les ordena llevar en debidas condiciones. La aportación confirmatoria se hace por el medio conocido como *expedición de informes* que, al igual que los anteriormente citados, explicaré más adelante;

3) los *documentos* en los cuales las partes han dejado plasmado un hecho al cual han asignado relevancia jurídica para lograr la eventualidad de acreditar su existencia en el futuro.

La aportación confirmatoria se efectúa por el medio conocido como *documental* (o instrumental), no importando por ahora si el respectivo documento pertenece o está en poder de las partes o de terceros. Tampoco importa mucho para cierta doctrina que tales documentos sean instrumentos públicos o privados, anotaciones escritas no firmadas, fotografías o cualquier tipo de registración similar, facsímiles, mojones, etc.: a todos les otorga el mismo tratamiento y, así, las leyes, resultan final y ferozmente confusas para el intérprete...;

4) los *lugares, cosas o personas* que pueden ser captados por los sentidos del juzgador para producirle convicción acerca de algún hecho referente a ellos.

La respectiva aportación confirmatoria es el *reconocimiento* que el propio juzgador debe hacer de tales personas, cosas o lugares por la vía del medio conocido como *inspección ocular.*

Ya veremos todo ello desde otra óptica...

3.4. LA INCUMBENCIA DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) (*QUIÉN DEBE CONFIRMAR*)

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.

Pues bien: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado –luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados– convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos.

De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación –o prueba– acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado.

A este efecto, decía *non liquet,* –no lo veo claro– y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento).*

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar* pues ella estaba –está– conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad*:

adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de confirmar a base de la facilidad que tenía para hacerlo y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incumbencia de "probar" (confirmar) comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara "probar" lo contrario). Y ello quedó plasmado en el brocárdico *el que afirma, prueba,* de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella. Y así, estableció en CC, 15 que "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América latina.

No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*. Y ello porque la regla que establece que *el que afirma, prueba,* resultó incompleta por su excesiva latitud. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo.*

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad.

Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema. Y entre ellas, la que ha cuajado legislativamente en la mayoría de las legislaciones procedimentales es la que atribuye la carga a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable*. En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse.

De ahí que esta idea haya sido generadora de varias reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet.*

Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones.

Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento* o *suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación.*

Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser:

a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y

b) *eximente de responsabilidad* o *demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera.

Y, ahora sí, ya se puede explicar que debe confirmar quien alega la existencia de un *hecho constitutivo*, de un *hecho extintivo*, de un *hecho invalidativo*, de un *hecho convalidativo* o de un *hecho impeditivo,* no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado. Veamos qué es cada uno de ellos.

a) Hecho *constitutivo*

Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido.

Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etc.

Caso de *ser negado* el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado.

Si la confirmación es convincente para el juez, ganará el pleito el actor. Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto.

b) Hecho *extintivo*

Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho.

Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etc.

Caso de *ser alegado* este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él.

En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió.

Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio).

Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre sólo sobre el último hecho afirmado en la cadena de *constitución, extinción, invalidación* y *convalidación* antes referida.

c) Hecho *invalidativo*

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión.

Por ejemplo: si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que éste recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (*hecho constitutivo*) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (*hecho extintivo*), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (*hecho invalidativo*) y que, por ende, no lo recibió; por tanto, como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor.

Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. Caso de no hacerlo (y sólo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación –pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía– y que el hecho extintivo también está exento de confirmación –ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado–) ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente).

d) Hecho *convalidativo*

Es el que afirma todo aquel contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo.

Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, éste entregó el dinero al propio Pedro –con lo cual recibió finalmente su acreencia– parece claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada.

De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar sólo el hecho convalidativo, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ganará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario.

(Sé que a esta altura de la explicación ella se asemeja grandemente a una suerte de extraño trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto).

e) Hecho *impeditivo*

Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el consentimiento –cuando éste es necesario– la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etc.).

Similarmente, es el que refiere a la ineficacia del *proceso como medio* para debatir en él la pretensión (por ejemplo, se afirma que el juez actuante es incompetente, que el actor carece de personalidad, que la demanda es oscura, etc.).

La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

* * *

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción.

En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación (ver *supra*, # 2.2.) y como

tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sin *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio.*

Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual* (¿!).

Por ejemplo, durante la década de los 60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino *tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pagar un canon liberado.* Este precepto –que en la jerga tribunalicia se denominó como de *inquilino pudiente*– generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la *pudiencia* del inquilino, cosa que no era fácil de hacer. Como en rigor de verdad se trataba de una *"prueba" diabólica* por el carácter local de los diversos Registros de Propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga confirmatoria, sosteniendo que la *pudiencia* era un hecho que debía ser acreditado *por ambas partes por igual.* Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la lógica.

Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total

colaboración de una parte con la otra en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación. A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido.

Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar

Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista,* algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones –haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de "probar".*

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato.

Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en SFE) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal. Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* –es decir, después de que el proceso terminó– que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (¡!).

En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo* después de *que el juego terminó!* Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado.

Por ejemplo, en el CPCN, 377, donde se establece con absoluta claridad que: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción..."

Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *"cargas dinámicas probatorias"* no puede coexistir con la norma pretranscrita, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley –y sólo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia confirmatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*– no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

Finalmente: se sostiene en doctrina que las reglas de la carga confirmatoria no pueden ser alteradas por las partes, so pretexto del orden público que domina la legislación procedimental.

No coincido con tal afirmación. Antes bien, he sostenido antes de ahora que *no hay orden público procesal en materia transigible* y, que el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante. Por lo demás, no creo que nada pueda evitarlo en un régimen constitucional en el que está permitido todo lo no expresamente prohibido por la ley.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil. Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada –computo aquí a la mayoría de los autores que imponen actualmente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente– que el concepto de *carga "probatoria"* (confirmatoria) ha fracasado al ser transportado al proceso penal, donde –antes que de *cargas*– cabe hablar de *deberes funcionales administrativos* del Ministerio Fiscal (pues no cabe afirmar jurídicamente que el fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado. Por ello es que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta vencido cuando no prueba la imputación pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito en tanto exista, precisamente, un culpable) y de *deberes jurisdiccionales* del juez en los sistemas inquisitivos consagrados legalmente en casi toda América latina.

En esta tónica, tales autores se manejan exclusivamente con el sintagma *in dubio pro reo* y exigen ingenua e ilegalmente la colaboración del propio imputado, a quien sí hacen soportar una especie de *minicarga probatoria* que le permita *ayudarse* a salir con bien del proceso!

Nada empece a aplicar literalmente los principios que regulan la carga confirmatoria en proceso penal donde el Fiscal –parte acusadora– actúa como representante de la sociedad toda, con obvio interés jurídico en erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica con la del imputado.

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la pretensión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmación que hacen al cargo imputado.

Finalmente: el *principio* o *estado de inocencia* que se encuentra ínsito en la cláusula *in dubio pro reo,* no juega cuando existe carencia de medios de confirmación (a la que se aplican las reglas del *onus probandi)* sino –todo lo contrario– cuando hay suficientes elementos de confirmación que, no obstante, no logran forjar la convicción de culpabilidad en la mente del juez.

3.5. LOS MEDIOS PARA CONFIRMAR
(CÓMO SE CONFIRMA)

Habitualmente, en los códigos y leyes procesales se menciona como *medios de prueba* a los conocidos desde antiguo como: *documentos* (o prueba *documental*), *confesión* (o prueba *confesional* o de *declaración de parte*), *testimonio* (o prueba *testimonial*), *pericia* (*rectius est:* peritaje) (o prueba *pericial*),

informes (o prueba *informativa*), *presunciones* (o prueba *presuncional* o *indiciaria*) y *reconocimiento* (o prueba de *inspección ocular*).

Estudiando los contenidos que se esconden detrás de las palabras recién mencionadas cuando las utiliza la ley, se advierte que ellas no resultan suficientes para lograr la cabal captación de los conceptos que involucran, generándose así nueva multivocidad y, por ende, más equivocidad, lo cual es necesario evitar a toda costa.

En esa tarea, la mejor doctrina actual ha intentado sistematizar adecuadamente dichos conceptos, luego de advertir que el juez, para tomar contacto con los medios de confirmación que le presentan las partes, tiene que: *ver* (en rigor, *mirar*) experimentos, análisis, documentos, registros, informes, etc. y, también, personas, lugares y cosas, *oír* (en rigor, *escuchar*) declaraciones de partes y de terceros, y *razonar* y *deducir* o *inferir* hechos desconocidos a partir de hechos conocidos para poder *presumir*.

Pero, además, no todo lo que ve, oye y razona tiene o puede tener objetivamente la misma entidad confirmatoria.

Por eso es que, con el declarado propósito de intentar que el lector comprenda cómo funciona un *verdadero sistema procesal* con pautas directrices de absoluta objetividad que hagan *previsible* (máxima seguridad para las partes) el eventual resultado del litigio, dicha doctrina explica la *confirmación procesal* enumerando sus distintos posibles *medios* que, en general y enunciados conforme al grado de eficacia confirmatoria que ostentan, se denominan:

- de *comprobación* (producen *certeza*),
- de *acreditación* (producen *verosimilitud*),
- de *mostración* (producen *percepción*) y
- de *convicción* (producen *probabilidad*).

Por cierto, huelga aclarar que no se trata aquí de imponer en forma caprichosa y absurda denominaciones exóticas al lector desprevenido, sino de sistematizar adecuadamente los conceptos para que, una vez repensados y comprendidos, pueda continuar utilizando los nombres convencionales empleados desde antaño para los *medios de prueba* –si así lo desea y goza persistiendo en el error– pero diferenciando adecuadamente ahora a cada uno de ellos frente a todos los demás.

Veamos a continuación los distintos medios, primero en general y desde la óptica aquí propuesta y, luego, en particular a partir de los parámetros conocidos y aceptados desde antaño por las leyes.

3.5.1. LOS MEDIOS DE CONFIRMACIÓN EN GENERAL

3.5.1.1. LA COMPROBACIÓN (O *PRUEBA* PROPIAMENTE DICHA)

Castizamente, *comprobación* es *lo que se hace para revisar* o *confirmar un hecho* o *dato* o *una teoría aplicándola en experimentos* o *casos concretos*. En este sentido, *toda* comprobación implica *experimentación*, *ensayo* o *verificación* para lograr la obtención de un resultado que, cuando es de carácter científico y el estado actual de la respectiva ciencia lo permite, debe ser idéntico para *toda* persona, en *todo* tiempo y en *todo* lugar. Por ejemplo, la comprobación de que una suma cualquiera es correcta, se logra por medio de la resta; del mismo modo, se verifica el resultado de una división por medio de la multiplicación. Y esto puede hacerlo acá o allá, ayer, hoy y mañana, cualquiera persona que conozca las cuatro operaciones aritméticas.

También un experto *comprueba* en forma absoluta e inequívoca una ley física (por ejemplo, la que expresa la fuerza resultante de la gravitación de los cuerpos situados entre la Tierra y los cuerpos situados en sus proximidades) o química (por ejemplo, el agua está compuesta de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno), la composición de la sangre y la determinación de sus diversos signos y factores, etc.

En el proceso, la *comprobación* sólo se logra por medio del trabajo (insisto: ensayo, experimentación, análisis, etc.) *estrictamente científico* o *técnico* que hace un tercero ajeno al pleito respecto de un tema litigioso que es susceptible de ser comprobado indubitablemente por la ciencia que es base de su conocimiento o especialidad.

Así concebido, es obvio que configura un medio sumamente restringido que se presenta procesalmente de modo exclusivo en lo que se conoce con el nombre de *peritaje*. Pero no en todo y cualquier peritaje, sino sólo y exclusivamente en el *científico*. No en el "peritaje" de *opinión* o en algunos "peritajes" *técnicos*, por ejemplo, que apenas constituyen un medio de *convicción* del que me ocuparé luego.

El *peritaje científico* –el que realmente *comprueba* algo– es tal porque en toda persona, tiempo y lugar existe la certeza de la verificabilidad de las reglas empleadas para hacer la verificación. Y es que este medio tiene la particularidad (no ocurre igual con la *mostración*, como luego se verá) de ofrecer dos objetos diferentes de conocimiento: el del *hecho a comprobar* y el del *hecho de efectuar la comprobación*.

De ahí que es obvio que ambos tipos de *peritajes* –el *científico* y todos los demás que no lo son– se presenten siempre como claramente diferentes, aunque las leyes les asignen idéntico grado de importancia.

Sin embargo, la doctrina generalizada –que tanto ha laborado sobre estos conceptos– no ha hecho aún la distinción que en forma clara y lógica se advierte entre ellas. A no dudar, ésta ha sido la causa del papel absolutamente secundario que el legislador de todos los tiempos ha otorgado a la *"prueba pericial"* en el contexto de la totalidad de los códigos vigentes.

No obstante ello, parece claro para el pensamiento lógico que el juez no debe apartarse jamás del resultado de un verdadero peritaje científico que, por sus mismos fundamentos, lo vincula a una realidad que no le es dado ignorar. O, acaso, ¿puede el juez desconocer un dictamen que afirma la existencia de la ley de gravedad so pretexto de que no lo convence o de que él opina lo contrario?

Por eso es que éste es un auténtico medio de *prueba,* en el sentido dado al vocablo al comienzo de esta obra; y por eso también la aclaración que acompaña al título de ella: *"o prueba propiamente dicha"*.

Es más: la comprobación es el medio confirmatorio que se erige por sí mismo en el más importante de cualquier sistema procesal.

Ya volveré nuevamente sobre el tema al tratar los medios en particular y la evaluación de la confirmación procesal.

3.5.1.2. LA ACREDITACIÓN

El vocablo *acreditación* es un neologismo que implica la sustantivación del verbo *acreditar* (*hacer digno de crédito, probar la certeza de alguna proposición* y, referido a algo con determinada apariencia, *asegurar que es lo que parece*).

Esta vinculación significativa de la *acreditación* con la *creencia* no es aceptada por algunos importantes autores, quienes encuentran en ella una fuente de confusión en cuanto también hay *creencia* en la *convicción*.

Sin embargo, en tren de explicar el tema con el mejor sentido docente, prefiero mostrar el medio confirmatorio de *acreditación* teniendo en vista una actitud judicial de absoluta *creencia* en la legitimidad o certeza impuesta por la ley respecto de ciertas cosas –a menos que se confirme por el interesado su inexistencia, invalidez o ineptitud confirmatoria– y en la aceptación generalizada que en toda sociedad tienen ciertos lenguajes simbólicos.

La *acreditación*, entonces, es una función que se hace en el presente para poder confirmar en el futuro la existencia de ciertos hechos y relaciones jurídicas. De tal modo, *acreditar* es dejar constancia de lo sucedido, no importa si con ello se refiere a un fenómeno de la naturaleza o a una expresión humana.

Y esa constancia es, así de simple, la transmisión de un pensamiento o de una conducta a través de un objeto que confirma su realización.

Todo lo que continuaré explicando en este tópico se halla legislado habitualmente bajo el rótulo de *documentos* o de *prueba documental.* En esta denominación quedan comprendidos, así, los *instrumentos públicos* y los *documentos privados*, auténticos e inauténticos, pertenecientes a las partes procesales o a terceros.

Si bien se mira, todos los *documentos* mencionados muestran el común denominador de ser *escritos,* pero no todos sino sólo algunos de ellos ostentan el importante valor que otorga el legislador a su continente o a su contenido al establecer que el juez debe aceptarlos –en principio– como ciertos y confiables, lo que presenta obvio problema de interpretación sistemática al juzgador.

Pero no se detiene allí la complicación. En la actualidad –cuando los adelantos tecnológicos han superado largamente las previsiones del legislador– se engloban ahora dentro de la denominación de *documentos* a un sinnúmero de cosas, escritas y no escritas tales como: fotografías, fotocopias, discos, registros de electrocardiogramas, mojones, logotipos, marcas de fábricas, etc.

De ahí que sea menester efectuar una adecuada sistematización de *todo* lo que la doctrina comprende dentro de la voz *prueba documental,* no sólo para hacer asequible el tema sino, fundamentalmente, para facilitar la tarea judicial de evaluar medios de confirmación al momento de sentenciar.

En este orden de ideas, los medios de acreditación son siempre materiales y consisten en: *instrumentos, documentos, monumentos* y *registros.* Veamos cada ellos.

3.5.1.2.1. EL INSTRUMENTO

Es el medio de acreditación mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas.

La idea de instrumento está estrechamente ligada a la de *fe pública* y, por ende, a lo que es *fehaciente,* que comprende la *dación de fe,* la *certificación* y la *autenticación.*

Por ello, ejemplos de instrumentos son las *escrituras públicas,* los *protocolos* (notariales y judiciales), los *expedientes* y las *actas judiciales,* la *correspondencia oficial*, los *asientos en libros* de los corredores, los *libros de registración de movimientos* administrativos o judiciales, las *acciones* de las compañías autorizadas para su emisión, los *billetes, libretas* y toda *cédula* emitida por los bancos, etc.

Como se ve, el instrumento –por definición– es *siempre auténtico,* cualidad que, en la terminología tradicional, la tiene sólo el *documento público* y algunas veces, cumpliendo ciertos requisitos, también el *documento privado.* Volveré sobre el tema luego.

3.5.1.2.2. EL DOCUMENTO

Es el medio de acreditación mediante el cual *se representa por escrito* la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria. En ambos casos, la escritura puede ser hecha con signos corrientes o convencionales.

Ejemplos de documentos son todas las representaciones escritas que contienen declaración de voluntad y que no constan en instrumentos (*testamento ológrafo, facturas, recibos, presupuestos, promesas de pago, reconocimientos de derechos*, etc.) y las *cartas privadas*, los *libros de comercio* que no son llevados conforme con la ley, etc.

Así concebido, el documento es siempre *privado* e *inauténtico* y, por ende, *no creíble*. Sin embargo, la credibilidad se logra con su *reconocimiento por la persona contra quien se opone*. Ya volveré sobre el tema.

3.5.1.2.3. EL MONUMENTO

Es el medio de acreditación por el cual se representa la materialización de un pensamiento *mediante formas* o *figuras* a las cuales la ley o la costumbre les asigna un preciso significado.

Adviértase la diferencia con el instrumento y el documento: en tanto éstos siempre son escritos, el monumento puede no serlo y, generalmente, no lo es.

El mundo real –más allá del jurídico– muestra enorme número de monumentos con preciso significado para el común de los hombres: *alambrados, bordes, cercos, demarcaciones, límites de bosques, mojones, señales, surcos y zanjas; bosquejos, diagramas, dibujos, signos, precintos y tarjas; logotipos, marcas de fábrica y marcas y señales de ganado; árboles genealógicos, señales de tránsito*, etc.

Parece obvio sostener que tan importante número de cosas para el desenvolvimiento de las relaciones humanas, no puede quedar aprisionado dentro de la denominación tradicional del vocablo *documento* que utiliza habitualmente la ley.

Baste un solo dato para demostrar el aserto: el documento exige esencialmente la signatura del otorgante (¡menudo problema, aún sin solución, han creado en la doctrina el télex, el fax y el e-mail!). Y es tan difícil que un monumento pueda ostentarla...

3.5.1.2.4. EL REGISTRO

Es el medio de acreditación por el cual se captan técnicamente expresiones del hombre o de la naturaleza en general y las apariencias mismas de las cosas,

cuya materialización se hace de forma tal que puede ser perdurable y utilizable o reproducible a voluntad.

La vida actual nos muestra un sinfín de ejemplos del tema en cuestión: *copias en general; grabaciones y discos en general; electrocardiogramas; huellas de personas, animales y cosas; negativos fotográficos y fílmicos, fotografías y radiografías; registros de voces, de sonidos, de luminosidad, de electromagnetismo, de fotoquímica, de dactiloscopia*, etc.

Nada de ello es *escrito*. Por tanto, un registro no puede ostentar la categoría de instrumento ni la de documento. Y tampoco se materializa por medio de *formas o figuras*, por lo cual no puede ser monumento.

Como se ve, configura una categoría diferente y propia dentro de los medios de acreditación (nadie duda de que una fotografía algo acredita...) que hasta hoy no ha sido convenientemente legislada.

Si se estudia con detenimiento la mayoría de los códigos vigentes, se advertirá que ninguno de ellos se ocupa adecuadamente de este tema, que se incluye tácitamente dentro del rubro correspondiente a *documentos escritos*, cuya normativa es asaz insuficiente al respecto.

3.5.1.3. LA MOSTRACIÓN

El vocablo *mostración* es otro neologismo que implica la sustantivación del verbo *mostrar* (*exponer a la vista* o *dejar ver*) y que, en términos de *confirmación procesal*, refiere a lo que el juez *ve* cuando *reconoce* o hace *inspección* (judicial) de personas, lugares y cosas.

En este caso, parece claro que el juez, al reconocer o inspeccionar personalmente, realiza lo que la doctrina ha llamado *prueba directa* pues *percibe por sí mismo* (y no por medio de otra persona, cual lo hace en el testimonio, en la confesión o en el peritaje) los hechos a confirmar. En otras palabras: como el juez se convierte así en el propio sujeto de la confirmación, parece claro que en el resultado que se logra se confunde el *hecho a confirmar* con el *hecho confirmatorio*.

Esto ha preocupado severamente a los autores que han tratado en forma seria el tema, que hoy tiene relevancia notoria en el debate filosófico planteado entre el *solidarismo* y el *garantismo* procesal.

Es que quienes defienden a toda costa la irrestricta vigencia del principio de *imparcialidad judicial* buscan implementar pautas absolutamente objetivas de procesamiento y juzgamiento de los litigios y bregan por la existencia de jueces apegados al texto de la ley preexistente (y niegan que puedan apartarse

de ella permanentemente haciendo juicio acerca de su justicia intrínseca), lo que permite no sólo hacer previsible el resultado final de todo litigio sino también tornar posible el control de las partes sobre la actuación del juzgador durante toda la etapa de procesamiento (y, en particular, durante la producción de los medios confirmatorios).

Y resulta claro que es materialmente imposible ejercer ese control cuando el juez deja de ser propiamente tal para convertirse en el *sujeto de la confirmación*. Con el agregado de que, cuando ello ocurre, amén de que el juez puede ver –y aprehender– cosas diferentes de las que le muestran las partes (con lo que se convierte en buscador oficioso de hechos a confirmar que, una vez establecidos, sirven como indicios), puede también fijar los hechos a resolver sin que en tal tarea exista el menor e indispensable control de los interesados.

El problema no es baladí. Por lo contrario, sigue siendo preocupante cuando opera en un régimen acusatorio o dispositivo en el cual el juez actúa como tal y no como parte procesal.

A pesar de todo, la doctrina continúa sosteniendo hasta hoy la excelencia de este medio de confirmación. Volveré luego sobre el tema.

3.5.1.4. LA CONVICCIÓN

Castizamente, el vocablo *convicción* significa *seguridad de algo que parece lógico racionalmente*. Psicológicamente, es el *fenómeno interno que se produce en la mente del juzgador que posibilita la inclinación de su ánimo hacia la aceptación como probable de una afirmación* ("se convence de ella") *que no es comprobable ni acreditable*.

En otras palabras: se utiliza la convicción cuando hay ausencia de otros medios de mayor gradación en el campo de la confirmación. Es, por tanto, el menos importante de los todos los que he presentado hasta ahora.

Y es que la *convicción* se presenta como un medio confirmatorio *puramente subjetivo* que se aparta de la *objetividad manifiesta* propia de los medios de comprobación y de acreditación. De ahí su larvada peligrosidad.

No obstante eso y, además, ser extraños a los *sistemas acusatorios* que rigen en América latina, los medios de convicción son los que más se usan en la tarea de confirmar procesalmente pues, a todo evento, permiten la reflexión indiciaria que puede generar una presunción *hominis*. Ya me referiré luego al tema.

Y es que si bien el juez (especialmente, el de lo penal) no debe sentenciar sólo a base de la confesión del interesado, si está convencido de su sinceridad la

tomará como un *indicio* que, al ser valorado con otros varios más en las condiciones que luego explicaré, permitirán fundar adecuadamente su pronunciamiento.

Los medios de convicción, finalmente y reiterando conceptos ya expresados *supra*, son los que el juez puede

- *oír* (declaración de las partes procesales –*confesión* y *juramento*– y declaración de terceros que no son partes procesales –*peritaje de opinión, testimonio* y *fama pública*–),
- *ver* (documentos simples comprobados por testigos) y
- *razonar* (*indicios*).

Trataré a cada uno de ellos desde una óptica general. Más tarde se verán en particular.

3.5.1.4.1. LA CONFESIÓN (EN GENERAL)

En la doctrina que se ocupa habitualmente del tema, los autores prefieren hablar de *declaración de parte* y no de *confesión*, so capa de que es en aquélla donde se encuentra ésta. Sin embargo, a los fines procesales, la importancia está en el resultado que se obtiene: el reconocimiento de un hecho contrario a los intereses del declarante. De ahí que persista aquí en la denominación que desde siempre se ha dado a este medio.

Históricamente, el concepto de *confesión* se vincula con un sacramento religioso y consiste en la *declaración de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor*, con libertad de espíritu y sin coacción alguna.

Recuerde el lector la aparición del sistema inquisitivo en el siglo XII –como expresión de un poder espiritual actuando sistemáticamente– con ciertas órdenes mendicantes que hacían pesquisa por casi toda Europa en la búsqueda de herejes para lograr su *confesión* y el sincero arrepentimiento por el pecado cometido. Cuando ello se lograba, se lo absolvía y se perdonaban los pecados confesados, quedando así expedita su reinserción en el seno de la Iglesia. Hasta ese entonces, el tema poco interesaba al Derecho.

Cuando andando el tiempo cambiaron los intereses de Roma, y el Papado se alejó de la pura espiritualidad inicial para comenzar a privilegiar los bienes materiales, con notable injerencia en los gobiernos seculares a quienes disputó el ejercicio del *poder*, aquella inocente *Inquisición* se convirtió en la *Inquisición medieval o Santa Inquisición* que, en sus inicios, tuvo a su cargo el juzgamiento de los delitos eclesiales (herejía, apostasía, sortilegio, adivinación, invocación a los demonios, cisma, sodomía, mancebía, solicitación, superstición, etc.).

Nuevamente se procuró obtener la *confesión* y el arrepentimiento pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que ahora se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno, y la condena por herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado.

Terminando el siglo XV el sistema se endureció notablemente en España, donde se instaló la conocida ahora como *Inquisición española*, que tomó a su cargo el juzgamiento de los delitos seglares que se originaron para sojuzgar a judaizantes (*marranos*), musulmanes, luteranos, etc.

Otra vez se buscó la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una condena que posibilitara la expropiación de bienes. Y así, fue el medio preferido para *hallar la verdad* de una proposición cualquiera durante varios siglos...

Por eso es que a nadie puede extrañar que las leyes procesales españolas comenzaran a legislar codificadamente acerca de los *medios de prueba* incorporando como tal a la confesión, que ya a la sazón exhibía más de seiscientos años de antigüedad y eficacia en el sistema de juzgamiento por entonces practicado.

Pero, además, se la privilegió frente a todos los demás *medios probatorios*. Tanto, que se la ungió como la *probatio probatissima*, de donde nace el antiguo refrán "*a confesión de parte, relevo de prueba...*".

Y aplicando este criterio, igual en lo civil que en lo penal, los jueces de todos los tiempos fundamentaron sus sentencias sólo en el *hecho de la confesión*, si ella había sido rendida en autos.

No obstante tanta prosapia y antecedentes históricos, el Iluminismo del Siglo XVIII –con la influencia intelectual de Voltaire y Beccaria, entre otros grandes de la época– logró que la tortura y la confesión cayeran en desgracia entre los autores del derecho; y ello plasmó elocuentemente en el movimiento constitucionalista que se expandió vertiginosamente en el siglo XIX.

A tal punto ello es cierto, que hoy –y desde finales del siglo XX– se estudia a la confesión como un simple *medio de convicción*.

Con la imprescindible recordación de estos antecedentes, ya es hora de acotar ideas: la confesión judicial es *la declaración que hace una parte procesal en contra de su propio interés litigioso, aceptando extremos fácticos que lo perjudican de una u otra manera*.

Precisamente porque la lógica histórica enseña que si ello ocurre se debe a que el confesante –actuando de buena fe, cual lo haría en la confesión religiosa– acepta como exacta una verdad que alguien quiere imponerle, resulta obvio que lo confesado debe coincidir con esa verdad...

Sin embargo, la vida muestra ejemplos en lo cuales esa coincidencia no se presenta. Muchas veces –en rigor, más de las que podemos imaginar– un padre confiesa haber cometido el delito imputado a un hijo. Si bien se mira, ¡se trata de noble actitud fundada en el amor filial! Pero que, a la postre, proclama que lo confesado *puede no coincidir con la realidad...*

El problema no se detiene allí: la historia reciente muestra que en la época dorada de la mafia conocida como *cosa nostra*, había personas que –por dinero– confesaban haber cometido los delitos imputados al *capo mafiosi*. Y esto no se presenta como hecho noble y amoroso sino como vil negocio.

Con tantos elementos que han generado enorme desconfianza en el tiempo hacia este medio de *suma prueba*, los procesalistas penales –que actúan en una campo en el cual tiene peso verdadero la confesión– han dejado de brindarle el valor de *medio de confirmación* para asignarle otro mucho más correcto funcionalmente: se trata de un verdadero *medio de defensa* que el interesado puede hacer valer a su exclusiva voluntad en el proceso.

Si bien esta es la tónica actual –veinte años después– todavía sigue siendo incomprendido el problema por los procesalistas civiles, lo que ahora genera graves problemas de naturaleza constitucional.

En el pasado, toda declaración de parte (al igual que la de los testigos) se hacía bajo *juramento de decir verdad*. Y el pensamiento de la época era congruente con ella pues, castizamente, *jurar* es *prometer algo en forma solemne, poniendo a Dios por testigo*.

Tanto era así, que legalmente se tipificó el delito de *perjurio* (jurar en falso) –con lo cual se vedaba teóricamente la posibilidad de mentir en el proceso– que se despenalizó en la Argentina hace ya muchos años, acorde con el mandato constitucional que asegura que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo*.

Desde que ello ocurrió, dejó de cumplirse la práctica del juramento en forma previa a la declaración penal. Sin embargo, continuó siendo exigido en el proceso civil (en verdad, hasta el día de hoy toda posición que debe ser absuelta en la prueba de confesión se redacta tontamente con la fórmula... *jure como es cierto que...*).

Pero como ya no existe el delito de perjurio, la mentira es fácil y sin consecuencias disvaliosas en el proceso de contenido pretensional civil. Y ahora nos quejamos –absurdamente– de que los pleitos se chicanean con la mentira constante del demandado impiadoso y nos enojamos porque esto ocurre...

Pero nos quejamos mal. Parece obvio que *si nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo* y, en esta tónica, el *imputado penal puede abstenerse de declarar* sin que sufra efectos contrarios a su propio interés, es *absurdo y*

contrario al orden constitucional que se pueda exigir judicialmente que el demandado civil declare en contra de sí mismo y se le apliquen gravísimas consecuencias en caso de inasistencia a la respectiva audiencia o de silencio ante las posiciones o preguntas que se le formulan.

Y esto es así en todos los códigos del continente que siguen la impronta del derecho español en la materia penal. No ocurre lo mismo en los países que responden al sistema del *common law.* En ellos, nadie puede exigir en proceso penal la prueba de *absolución de posiciones* (provocación de la confesión) a su oponente.

Por el contrario, cada parte es libre de decidir si ha de declarar o no en el proceso. Nótese bien que, en tales condiciones, si la parte declara es porque espontáneamente así lo quiere. Insisto: nadie puede generar en su contra la carga de hacerlo.

Y por ello, *debe decir la verdad,* en serio y bajo juramento, pues a la postre se trata de un testimonio en causa propia. Obviamente, aquí la mentira se castiga con la pena del falso testimonio.

De ahí entonces que no debemos quejarnos de la mentira sino de comprender y aceptar que la ley admite –inconstitucionalmente– que pueda ser provocada una confesión convocando el juez a la parte procesal a una audiencia donde se le pide que declare en su contra, reconociendo hechos que le son adversos. ¿No habrá llegado ya la hora de terminar definitivamente con tanta incongruencia y adecuar por fin la ley procesal al texto de la Constitución?

3.5.1.4.2. EL JURAMENTO

Es éste un medio de confirmación que, no obstante su glorioso pasado, se encuentra actualmente en desuso; a tal punto, que CPC SFE no lo acepta como medio de confirmación.

Se entiende castizamente por *juramento* la *afirmación o negación de alguna cosa poniendo por testigo a Dios en sí mismo o en una de sus criaturas.* Recurrentemente, la *Ley de Partidas* lo definió como "*el averiguamiento que se hace nombrando a Dios o a alguna otra cosa santa sobre lo que alguno afirma o niega que es así*". Del mismo modo, la doctrina lo consideró como la *invocación tácita o expresa del nombre de Dios –como verdad primera e infalible– poniéndolo por testigo de la certeza de lo que se declara.*

Y así presentado, el juramento es el más fuerte vínculo con el que puede ligarse un hombre creyente para decir la verdad pues, de no cumplirlo, pone en riesgo la gloria y paz de su vida eterna.

El tema tuvo enorme trascendencia mientras la moral media de un lugar lo permitió en el pasado, máxime cuando no se veía al proceso como un medio pacífico de debate dialéctico sino como una deleznable forma de vejar al adversario a quien se demandaba y que oponía indebidamente una inaceptable resistencia.

A los efectos confirmatorios y apuntando a la decisión de un litigio, el juramento se clasificó en *decisorio* del *pleito*, *estimatorio* o *decisorio* en el *pleito* y *supletorio.*

1) El *juramento decisorio del pleito:* es el que un actor defiere a su demandada, obligándose a pasar por lo que ésta jure, a fin de terminar así sus diferencias. Y se llama así por cuanto la parte que lo defiere consiente que su adversario sea el juez final de la causa y se aviene a cumplir lo que él afirme o declare.

2) El *juramento estimatorio* o *decisorio en el pleito:* es el que, por falta de otra prueba, exige el juez al actor sobre el valor o estimación de la cosa que demanda, para determinar la cantidad en que ha de condenar al demandado.

3) El *juramento supletorio* o *necesario:* es el que el juez manda oficiosamente hacer a cualquiera de las partes para completar una prueba que no le satisface en su resultado.

Como se ve, la materia pudo insertarse sólo en un medio histórico dominado por la creencia en Dios y la aceptación religiosa de la existencia de una vida posterior a la muerte que puede ser perdida por el mero hecho del perjurio. ¡Hoy sería imposible solucionar cualquier litigio por esta vía!

3.5.1.4.3. EL PERITAJE DE OPINIÓN (EN GENERAL)

Denomínase *pericia* la habilidad y destreza en el conocimiento de una ciencia, técnica o arte, o en el desarrollo de una actividad, que tiene una persona denominada *perito* que actúa judicialmente haciendo informes (que se denominan *peritajes* o *peritaciones)* respecto de un tema litigioso para ilustrar al juez en su actividad de emitir la sentencia que debe resolverlo.

Ya se ha visto antes que el medio de confirmación denominado *comprobación* es conocido habitualmente en las leyes con el nombre de *prueba pericial, informe de peritos o prueba experticia,* la que no siempre ostenta en la realidad ese carácter absoluto que le otorga a su resultado el conocimiento científico actual.

Antes bien, sostuve que, al lado de esta *pericia que realmente prueba,* hay otras que sólo *reflejan una opinión de alguien que está o se presume que está calificado para darla.*

Expliqué también que en el primer supuesto –comprobación– el perito efec-

túa experimentos propios de su conocimiento sobre un tema técnico cuyo resultado produce un incontrovertible resultado *científico* que es y será siempre el mismo, no importando al efecto quién, cuándo o dónde se haga, si se respetan en todos los casos los parámetros brindados por la ciencia para su realización.

Aclaro ahora que hay otras –también llamadas equívocamente– *pericias* (de verdad, *peritajes*), en las cuales el *perito* no actúa en calidad de tal sino como una suerte de *testigo calificado* en razón de sus conocimientos (acerca de los cuales es interrogado judicialmente) y que produce o emite al finalizar su gestión una *simple opinión* acerca de cómo ocurrieron o hubieron de ocurrir los hechos sujetos a juzgamiento.

Claro está que, como aquí no se exige una comprobación de carácter científico, es posible –y de hecho así ocurre a diario– que varios peritos puedan llegar –y lleguen– a conclusiones diametralmente diferentes (en el muy conocido caso *Fraticelli*, por ejemplo, se produjeron cuatro informes periciales completamente diferentes en cuanto a la causa que produjo la muerte de la víctima). Parece, entonces, que hay *peritos* y *peritos*. O, mejor aún, unos son más peritos que otros.

De ahí que resulta importante hacer la distinción académica presentada *supra*, aunque con ella no propicie por ahora lograr un cambio de denominaciones en las leyes.

De cualquier modo, con esto se comprende que hay peritos químicos, físicos, lumínicos, contables, etc., que actúan *comprobando*, y peritos médicos, mecánicos, armeros, fotógrafos, tasadores, etc., que actúan *opinando*.

Insisto con este último ejemplo: ¿puede haber algo más disímil que la opinión de varios tasadores respecto del valor real y actual de una fracción de campo que sirve en parte para agricultura y en parte para ganadería? ¿Cuáles son *las pautas objetivas* que se hacen valer en el caso? ¿Los precios obtenidos en operaciones recientes de venta de fracciones linderas? ¿Y si se fraguaron precisamente para amañar el resultado del peritaje?

La importancia del tema se advierte cuando se compara el diferente grado de poder confirmatorio que tiene cada uno de tales *peritajes*.

El de *comprobación* debe ser aceptado irremediablemente por el juez, claro que a salvo de las impugnaciones que puedan hacerse en su contra por no haber respetado las pautas científicas para su realización.

En cambio, el de *opinión* merece una cautela especial del juzgador: para su aceptación, debe hacer siempre un juicio de valor acerca de su contenido, de la idoneidad del perito y del resultado que propicia en función del tema a peritar.

Por cierto, tal resultado no vincula al juez –cual ocurre en la tarea de *comprobación*– y es a este tipo de peritaje que se refieren las leyes cuando, palabras más o menos, establecen que "...los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los peritos y deben apreciar el mérito de la prueba según su propio criterio".

En otros términos: el juez acepta el peritaje si es *convincente*. Caso contrario, lo deja de lado.

De ahí que, insisto, se trata de un medio de *convicción* y no de *comprobación*. Ya volveré nuevamente sobre el tema.

3.5.1.4.4. EL TESTIMONIO (EN GENERAL)

La palabra *testimonio* refiere a la declaración, afirmación o explicación que da una persona llamada *testigo* en el acto de *atestiguar o testimoniar* en juicio que le es ajeno respecto:

a) de hechos[6] ajenos que ha conocido o percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, oído, tacto, gusto y olfato) o

b) de hechos que ha realizado personalmente o

c) del conocimiento que tiene de alguna persona o

d) de lo que ha oído acerca de la fama que ostenta alguien. Me detendré luego en cada uno de estos supuestos.

La situación de *ajenidad* del testigo respecto del pleito en el cual declara tiene una precisa excepción: cuando una parte procesal se halla formada por varios sujetos y entre ellos existe una relación de *litisconsorcio*, el único medio que tiene cada uno de ellos de hacer declarar a los demás que se hallan en el mismo bando, es la vía del *testimonio*. Y cuando esto ocurre, la *parte atestigua* sobre hechos propios o ajenos pero que, nótese bien, carecen de toda posibilidad de perjudicarla (que es la nota distintiva de la confesión).

La *declaración*, finalmente, puede ser *oral* (el testigo habla, el juez oye) o *escrita* (el testigo no habla sino que escribe; el juez no oye sino que lee). Si bien la primera de tales formas es la que se presenta habitualmente en el mundo judicial, hay casos en los que es menester soslayarla: si el testigo es mudo, por ejemplo, y si quien debe declarar está exento del *deber de comparecer* (ver *infra*, # 3.5.2.4, donde menciono a ciertos funcionarios públicos a quienes las leyes toleran que declaren por escrito y no verbalmente ante el juez).

---

6 La prueba del derecho no tiene sentido en un sistema en el que el derecho se presume conocido. A menos que sea la misma ley la que es objeto de discusión en su existencia o vigencia.

Veamos ahora los distintos supuestos:

a) *Testimonio de hechos percibidos por el propio testigo*

En este caso, el testigo relata el conocimiento personal que tiene acerca de *hechos que han realizado otras personas* y que él ha captado por medio de alguno de sus sentidos.

La palabra *hechos* está utilizada en amplio sentido comprensivo muchas veces de la opinión que el testigo tenga acerca de tales hechos (por ejemplo, puede afirmar la condición de ebriedad o de manifiesta ira en la cual se hallaba cierta persona al momento de cometer un determinado hecho) pues resulta imposible separar adecuadamente el *hecho declarado* de la *opinión que el testigo tenga sobre ese hecho*.

Por eso creo indispensable recordar que ya he referido *supra*, # 1 que el *testimonio de terceros* es un medio confirmatorio absolutamente relativo y, por ende, no seguro ni confiable.

Pregunté allí: ¿hay algo más cambiante y menos convincente que la declaración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad? O, sin llegar a ello, ¿no está sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador? Para demostrar tal relatividad, recordé que en el año de 1880, el codificador procesal de Santa Fe, en la Argentina, legisló en norma todavía vigente: "La admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias. Los jueces deberán decretar *siempre* el examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto". Y recalqué: ¿qué decir de la tan fácilmente posible adulteración de documentos escritos o de registraciones fotográficas o visuales, de fotocopias, etc.?

Finalmente propuse al lector comparar los resultados definitivamente incontestables de una *comprobación*, por ejemplo, con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas.

Y expliqué que ello es posible porque, además de que cada testigo *es él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etc.), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo exacto hecho (esto es corriente en el ámbito judicial cuando –desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo– cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que –esto es importante de destacar– pueden ser *todas reales* aunque luzcan antagónicas. Y es

que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo observó desde el sur. Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

Creo que ya está suficientemente demostrada la relatividad del testimonio en la tarea de confirmar procesalmente. Por eso mismo es que se estudia entre los *medios de convicción*: un testigo *convence o no* al juez de que está diciendo la verdad. Si lo hace, podrá fundar en sus dichos la sentencia.

Insisto finalmente en que la captación del hecho por parte del testigo puede ser realizada con los cinco sentidos. Así, puede atestiguar que ha visto una puesta de sol, oído un ruido determinado, tocado la aspereza de una tela, gustado una comida con demasiada sal y olido los efluvios de una sustancia nauseabunda.

La amplitud que en este sentido tiene un testigo no la posee un dador de fe pública, que sólo debe limitarse en su tarea a lo que puede ver y oír, según se acepta desde antaño.

b) *El testimonio de hechos realizados por el propio testigo*

En este caso, el testigo relata el conocimiento que tiene acerca de *hechos que ha realizado él mismo* y que tienen vinculación con el objeto de la pretensión discutida por las partes procesales.

El ejemplo clásico es el reconocimiento de un documento escrito o firmado por él y que puede tener trascendencia en el proceso en el cual declara. Si bien se ve, el testigo declara acerca de un hecho propio, no de un hecho ajeno, cual lo hace en el caso anteriormente explicado.

c) *El testimonio de conocimiento de una persona*

En este caso, el testigo no relata hechos propios ni ajenos sino que expresa el saber directo que tiene acerca de una persona y de su identidad, condiciones, cualidades, etc.

El ejemplo clásico es el testigo de conocimiento que desde siempre utilizan los notarios para dar por acreditado que el desconocido que se le apersona es quien dice ser. Igual ocurre en el proceso y, muy habitualmente, en los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* incoados para establecer, v.gr.: la identidad o el estado civil de alguien.

d) *El testimonio de oídas*

En este caso, el testigo relata el conocimiento indirecto que tiene *de oídas* acerca de hechos que han realizado otras personas o de su fama pública o de un rumor sobre ella.

Aquí, el relato del testigo no versa sobre un hecho propio o ajeno que percibió directamente sino sobre lo que han dicho otras personas acerca de algo o de alguien.

Este supuesto incluye el caso particular del testimonio de oídas que versa sobre:

a) la *fama* de algo o alguien: consiste en el concepto generalizado que, a partir de un hecho de origen conocido, un medio social determinado tiene respecto de una persona o acontecimiento. Por cierto, la declaración puede confirmar la fama, no los hechos que la habrían generado;

b) el *rumor público* acerca de algo o alguien: se trata de un hecho indeterminado y vago, de origen habitualmente desconocido, que versa no sobre la existencia sino sobre la posibilidad de que haya existido.

Ambos pueden llega a constituir verdaderos *indicios*, en los términos que explicaré en el número siguiente. Basta por ahora para presentar el tema.

3.5.1.4.5. EL INDICIO Y LA PRESUNCIÓN (EN GENERAL)

1) *El indicio*

Denomínase *indicio* a un *hecho conocido* (el *indiciario* o el *indicador*) a partir del cual se razona –por inducción[7], deducción[8] o abducción[9] crítica– la existencia de un *hecho desconocido* (el *indicado*).

Constituye, por ende, un *medio de confirmación indirecto* que le permite al juez obtener el *resultado* de una *presunción*[10] que, a su turno, es el juicio lógico

7 Se entiende por *inducción* el método de razonamiento que consiste en partir del estudio y del análisis de datos particulares conocidos y avanzar lógicamente hasta alcanzar un principio general desconocido. Actualmente se expresa mejor diciendo que es la forma de inferencia que permite predecir la *regla* que vincula a ciertos *rasgos* (o características) que surgen de un *caso* determinado.

8 Se entiende por *deducción* el método de razonamiento que consiste en partir de un principio general conocido y avanzar lógicamente hasta alcanzar una conclusión particular desconocida. Actualmente se explica mejor el tema diciendo que es la inferencia que permite predecir los *rasgos* (o características) que aparecerán a partir de la aplicación de una *regla* a un *caso* determinado.

9 El moderno termino *abducción* refiere a la forma de inferencia que permite identificar a un *caso* perteneciente a una *regla* a partir de ciertos *rasgos* (o características) determinados.

10 La presunción nunca es *medio* de confirmación sino el *resultado* que se obtiene después de razonar a partir de la aceptación de hechos debidamente confirmados en la búsqueda de otros hechos que no lograron confirmación alguna. Hablo aquí, por cierto, de la presunción *hominis* (o del hombre), no de la impuesta por el legislador.

que permite al juzgador tener como *cierto o probable* un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto.

Para llegar a ese resultado, que bien puede ser fundamento definitivo de una sentencia judicial, el juez debe razonar desde la entidad misma del hecho indiciario o indicador, que puede ser *necesario* o *contingente*.

a) Un indicio es *necesario* cuando por sí solo e inexorablemente –y con independencia de cualquier otro medio de confirmación– permite aceptar la existencia del hecho indicado. Por ejemplo: si la experiencia indica que ningún animal irracional puede construir un edificio de hormigón, la construcción de una casa en un lugar dado permite colegir sin más que hubo allí presencia humana pues sólo hombres pudieron hacerla. Del mismo modo, la experiencia indica que un embarazo no puede durar más de trescientos días, de donde puede colegirse que si el cónyuge de la madre murió antes de comenzar ese lapso, el hijo concebido no es matrimonial.

b) Un indicio es *contingente*, cuando exige la presencia de otros indicios –también contingentes– para posibilitar el resultado de la presunción que tendrá por confirmado al hecho indicado.

Siempre que las leyes autorizan la utilización de estos indicios contingentes, son particularmente severas en la determinación de cómo debe ser el razonamiento judicial que termine en presunción.

Y así, se exige que tal razonamiento vincule a indicios que sean

- *ciertos* (es decir, hechos debidamente confirmados por otro medio cualquiera),
- *varios* (deben ser por lo menos tres[11] para que el razonamiento tenga peso confirmatorio),
- *graves* (deben mostrar mucha entidad o importancia, no ser una cosa baladí),
- *precisos* (deben ser necesarios o indispensables para el fin procurado) y
- *concordantes* (deben mostrar correspondencia o conformidad de un hecho con otro).

11 Confieso que he pensado mucho para establecer este número, al que señalo como mínimo para poder obtener una presunción *hominis*. Y lo he elegido pues creo que con él se respetan los elementos necesarios para la operación lógica que conlleva, de la cual puede nacer la inducción, la deducción y la abducción (ver notas # 7, 8 y 9).

Este medio de confirmación ha tomado mayor auge en los últimos años por imperio de la propia realidad que muestra el litigio habitual: la parte procesal que pretende declarar simulado a un documento que refleja cierto acto, difícilmente puede contar con un contradocumento que le permita confirmar su afirmación; de donde se impone la confirmación indiciaria como único medio posible. La tenaz negativa de un presunto padre de someterse a los análisis de sangre que podrían comprobar su negada paternidad y la imposibilidad de extraer por la fuerza la respectiva muestra, exigen ocurrir al indicio emergente de su propia negativa, cual invariablemente lo hacen nuestro tribunales desde hace ya bastante tiempo.

2) La *presunción*

Se entiende por *presumir* la admisión de la certeza de una cosa sin que esté probada o sin que le conste a quien presume. En el derecho romano antiguo se empleó en el sentido de *creencia, suposición* u *opinión* y se relacionó el vocablo con el de *probare,* configurando el concepto de una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya con una prueba en contrario. Si bien se mira, presumir es igual a *ausencia de necesidad de prueba.* Y ello tiene, obviamente, estrecha relación con las reglas de la carga de la prueba, de las cuales son claras excepciones *los hechos presumidos* (no hay carga de probarlos).

Recién en el derecho canónico aparecieron las verdaderas presunciones –las que no admiten prueba en contrario– y, al desarrollarse los estudios sobre la prueba judicial, se generalizó la tendencia de sustituir a *los indicios* por *las presunciones legales,* aceptando ahora la posibilidad de *prueba en contrario.*

De tal forma, el tema se estudia desde siempre con una triple óptica: presunciones absolutas o de pleno derecho, relativas y emergentes del análisis de varios hechos indiciarios y que, obviamente, también es relativa.

Actualmente, corresponde hacer nueva sistematización: toda presunción admite un doble estudio: en cuanto a su origen y en cuanto a su valor.

Por el *origen,* puede ser *legal,* que está impuesta por el legislador y debe ser aplicada por el juez, y *humana* o *del hombre* que el juzgador establece a su voluntad después trabajar con indicios en las condiciones que la ley los admite.

A su turno, y en cuanto a su valor, la *presunción legal* admite ser clasificada conforme con que admita o no prueba en contrario: la *presunción absoluta de pleno derecho,* que no admite medio confirmatorio alguno en contrario y que otorga *certeza* al juzgador y la *presunción relativa* que admite confirmación en contrario y que, por tanto, genera *certeza* o *simple probabilidad* en el juzgador (por eso un medio de *convicción).*

3.5.2. LOS DE CONFIRMACIÓN EN PARTICULAR

Hasta aquí he efectuado una explicación sistemática del difícil tema relativo a la *confirmación procesal,* que permite comprender adecuadamente a cada uno de los medios respectivos y sus notas distintivas frente a todos los demás.

Sin perjuicio de ello, y para poder concluir el tema, me ocuparé seguidamente de cada uno de los medios confirmatorios en particular, haciendo exclusiva referencia a algunos de sus temas puntuales que preocupan a la doctrina o que repugnan al sistema normativo piramidal.

Para ello, y a partir de ahora, hablaré de "prueba" (así, entre comillas, pues ya he dejado a salvo mi opinión acerca del verdadero significado del vocablo), en el mismo sentido que lo hace la mayoría de los autores y todas las legislaciones. No obstante, creo que la larga explicación que ha precedido a esta Lección posibilitará que nadie se confunda acerca de lo que estamos hablando.

A todo evento, haré precisa referencia a los que he llamado *medios de comprobación, acreditación, mostración y convicción* pues no puedo renegar de lo que estimo es lo correcto sistémicamente.

3.5.2.1. LA "PRUEBA" DE CONFESIÓN (EN PARTICULAR)

Ya se ha visto *supra* que la confesión es el *resultado* que puede lograrse –o no– mediante la declaración de una de las partes del proceso y que contiene la aceptación que ella hace respecto de hechos propios o del conocimiento que tiene de ciertos hechos. En ambos supuestos, el resultado es contrario a su propio interés.

Esa declaración puede ser hecha en forma espontánea o provocada.

a) *La confesión espontánea*

Es el producto del libre sentir y voluntad del confesante, lo que explicará luego los diversos requisitos que se exigen respecto de ella (art. 157).

b) *La confesión provocada*

Es el medio que las leyes que han adoptado el sistema inquisitivo como medio de enjuiciamiento imponen para que cada una de las partes procesales genere en su contraria la carga de declarar en juicio.

El tema será desarrollado *infra* con la denominación de *absolución de posiciones* en el # 3.5.2.1.4. (arts. 157 y ss.).

En cualquiera de ambos casos (espontánea y provocada), la confesión puede ser judicial o extrajudicial.

1) *La confesión judicial:* es la que se presta ante el propio juez que dirige el proceso y que eventualmente lo sentenciará (art. 157).

2) *La confesión extrajudicial:* es la que se presta ante un juez diferente al que dirige el proceso y que eventualmente lo sentenciará. Los autores discuten acerca del valor que ostenta este tipo de confesión. Luego explicaré el tema.

3.5.2.1.1. LOS REQUISITOS DE LA CONFESIÓN

Numerosos son los autores que se han ocupado de estudiar el tema relativo a la *prueba* judicial[12]. A mi juicio, quien mejor ha logrado sistematizarlo es el inolvidable maestro colombiano Hernando Devis Echandía quien, en su conocida obra[13], analiza en tres grandes grupos los requisitos que hacen a la *existencia,* a la *validez* y a la *eficacia confirmatoria* de cada uno de los medios conocidos.

Todo el invalorable esfuerzo doctrinal efectuado para presentar sistémicamente los requisitos de marras no ha sido aun reconocido de forma integral por las respectivas legislaciones, ya que tan sólo algunas de las condiciones que luego enumeraré tienen efectivo tratamiento normativo. Pero ello no resta importancia al tema pues los requisitos todavía no incorporados como tales a las

12 Excepcionalmente hago aquí una cita de autores y obras, ya que su antigüedad y la falta de reedición de ellas hace que en la actualidad no se conozcan. Debe saber el lector que durante todo el siglo XIX fueron los civilistas quienes se ocuparon del tema y, así, pueden ser consultados los buenos tratadistas franceses (Aubry y Rau, Colin y Capitant, Josserand, Planiol y Ripert, Pothier, Toullier, etc.) y también los argentinos y chilenos de comienzos del siglo XX. Sin perjuicio de ellos y de los muchísimos trabajos publicados sobre aspectos parciales del tema referido a la prueba durante todo el siglo XX, tanto en Argentina como en Colombia y México, los grandes *Tratados generales* sobre la prueba judicial son, a mi juicio: Bentham, *Tratado de la pruebas judiciales,* ed. EJEA, Bs. As., 1959; Bonnier, *De las pruebas en derecho civil y penal,* ed. Reus, Madrid, 1913; Carnelutti, *La prueba civil,* ed. Arayú, Bs. As, 1955. Castro Mendes, *El concepto de prueba en el proceso civil,* Lisboa, 1961; Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba,* ed. Temis, Bogotá, 1961; Florian, *De las pruebas penales,* Ed. Temis, Bogotá, 1969; Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las prueba en materia criminal,* ed. Temis, Bogotá, 1964; Furno, *Contribución a la teoría de la prueba legal,* ed. CEDAM, Padua, 1940; Giuliani, *El concepto de prueba,* ed. Giuffre, Milán, 1961; Gorphe, *De la apreciación de la prueba,* ed. EJEA, Bs. As, 1955; Kisch, *Elementos probatorios de derecho procesal civil,* ed. RDP, Madrid, 1940; Lessona, *Teoría general de la prueba en el derecho civil,* ed. Reus, Madrid, 1928; Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal,* ed. Reus, 1959; Pescatore, *Tratado sobre la prueba judicial,* Milán, 1852; Pina, *Tratado de las pruebas civiles,* México, 1942; Sentis Melendo, *Teoría y práctica del proceso,* Bs. As., 1959. Silva Melero, *La prueba procesal,* ed. RDP, Madrid, 1963.

13 Ver su *Teoría general de la prueba judicial,* ed. de Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1970; 2 tomos.

leyes son de tal obviedad que es imposible desconocerlos en la práctica judicial. A raíz de ello, haré constar en el congruo lugar la norma que refiere a los que ya ostentan rango legal[14].

Veamos cada uno de ellos.

1) *Requisitos para la* existencia *de la confesión*

Son:

- debe ser *declaración de una parte procesal* originaria o sucesiva (arg. art. 157),
- hecha *en persona* o por un tercero que esté expresamente autorizado para efectuar la confesión a nombre de la parte procesal (arts. 158 y 159);
- que, en forma *expresa* (no implícitamente) y *terminante* (art. 166),
- tenga como objeto *hechos personales del confesante* o el *conocimiento que él tiene acerca de hechos ajenos*
- y que, al aceptarlos, *sean favorables a la parte contraria* (arg. art. 166).
- Finalmente, debe ser *voluntaria* y *consciente,* por encontrarse el declarante en condiciones de saber lo que hace y querer hacerlo. De tal modo, la declaración no debe ser el resultado de métodos violentos, artificiales u ocultos que destruyan la voluntariedad del acto (arg. art. 166).

2) *Requisitos para la* validez *de la confesión*

Son:

- el confesante debe tener –al momento de declarar– plena capacidad civil, salvo casos especiales previstos por la ley (arts. 158, 2°; 166)
- y dar su declaración en las condiciones formales de modo, tiempo y lugar previstas por la ley (art. 162).
- Además, no debe haber causal de nulidad general que también vicie el acto de la confesión (art. 129).

3) *Requisitos para la* eficacia confirmatoria *de la confesión*

Son:

- que la confesión sea *idónea* como medio de prueba del hecho confesado con relación al objeto del litigio o que tenga *aptitud legal* para confirmar ese hecho y

14 Esta acotación es válida para todos los medios de confirmación que serán tratados *supra.*

- *pertinente* respecto de hechos *alegados por alguna de las partes* (recuérdese que el juez no debe introducir oficiosamente hechos al litigio) y que, además,
- deben ser *física* y *jurídicamente posibles* y
- no estar en contradicción con las *máximas generales de la experiencia* del propio juzgador
- ni con otro medio de confirmación que brinde adecuada convicción al juzgador.
- Además, debe tener *causa y objeto lícitos* y
- no ser *dolosa* ni *fraudulenta*
- y ser hecha ante *juez* en proceso ya iniciado o en diligencias previas cuando ello está autorizado en la ley (art. 390, 1°).

3.5.2.1.2. LA RETRACTACIÓN DE LA CONFESIÓN

En principio, y como corresponde a la seriedad que debe ostentar todo acto procedimental, las leyes ordenan en general que la confesión es *irreversible* o *preclusiva* e *irretractable* y que, así, produce sus efectos desde el momento mismo en el cual se realiza.

Sin embargo, el buen sentido jurídico hace que deba permitirse legalmente que el confesante impugne su propia confesión por haber en la declaración:

1) *error de hecho* propio o

2) *ardid* o *dolo* de la parte contraria o de terceros utilizado para lograr la confesión o

3) uso de *violencia* física, psicológica o moral contra el confesante o sus allegados en la obtención de la confesión.

Y esto puede hacerlo el confesante retractando o revocando su confesión o provocando la declaración de nulidad del respectivo acto.

3.5.2.1.3. LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CONFESIÓN

Desde antiguo se otorga a la confesión la máxima calidad probatoria del hecho confesado, respecto del cual se releva todo otro medio confirmatorio.

De allí que muchas leyes vigentes normen textualmente que *la confesión judicial hace plena prueba contra el confesante* (art. 166) salvo algunas circunstancias que ya se han visto en la enunciación de los requisitos de la confesión:

1) que recaiga sobre hechos cuya investigación o reconocimiento prohíbe la ley (art. 166, 1°);

2) que comprometa derechos irrenunciables o intransigibles (art. 166, 2°);

3) que sea hecha por quien carece de capacidad para realizar los hechos sobre los que versa (art. 166, 3°) y

4) que se acredite de modo indudable que ha sido resultado de un error (art. 166, 4°).

De cualquier modo, resta aún explicar que, al momento de efectuar la valoración de la confesión, el juez debe tener en cuenta el total de los dichos del confesante cuando hace alguna *aclaración, explicación, adición* o *modificación* al hecho confesado.

Como muchas confesiones muestran esta modalidad, es importante saber qué debe hacer el juez cuando está frente a ellas.

Esto genera una nueva e importante clasificación de la confesión en *simple, calificada* o *cualificada, compleja* y *compuesta.*

Las explico:

1) *Confesión simple:* en este tipo de confesión, el declarante se limita a confesar el hecho que lo perjudica. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo y el plazo para devolverlo está vencido* (por tanto, *le debo*).

2) *Confesión cualificada* o *calificada:* en este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho pero le asigna una naturaleza jurídica diferente a la causa obligacional esgrimida por quien dice ser su acreedor. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos, pero no en calidad de préstamo sino de donación* (por tanto, *no le debo*).

3) *Confesión compleja:* en este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho y la causa jurídica de la obligación alegada por el acreedor, pero le añade alguna circunstancia relevante para poder resistir a su cumplimiento. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo, pero aún no está vencido el plazo que me otorgó para devolverlo* (por tanto, *hoy no le debo).*

4) *Confesión compuesta:* en este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho (igual que en la simple) pero lo vincula con otro hecho separado y diferente a raíz de lo cual favorece la resistencia al cumplimiento de lo pretendido. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo y el plazo para devolverlo está vencido. Pero él me debe a mí una cantidad superior de dinero en calidad de honorarios por un servicio profesional*

que le brindé en su momento (por tanto, *compenso las deudas hasta la cantidad menor*).

Como es obvio, todas las circunstancias son diferentes y merecen otras tantas soluciones.

Nada obsta a que el juez acepte sin más y con pleno valor de *prueba* o de simple elemento de convicción (si hablamos de confirmación procesal) el primer caso de confesión *simple.*

Pero en los demás supuestos hay que analizar si el hecho –tal cual fue confesado– es *divisible* (o *escindible*) o *indivisible* (o *inescindible*).

A) *Confesión divisible:* quienes aceptan esta solución valorativa, sostienen que la declaración de la parte hace plena prueba en cuanto al hecho confesado en lo que es desfavorable para ella y que no deben tenerse en cuenta las circunstancias que adicionó, por lo que sólo cabe que el mismo confesante salga a probarlas por sus propios medios y en la oportunidad que fuere. Por tanto, se acepta sin más la confesión de la deuda sin importar si hay afirmaciones que hacen que aquélla sea *calificada* o *compleja*. Por supuesto, esto no es razonable pues va contra toda lógica y sentido de justicia.

Sin embargo, es tesis correcta cuando la confesión es *compuesta* ya que hace a la adecuada convivencia que nadie pueda imponer por la fuerza una solución propia a un conflicto de convivencia. De tal modo, si el confesante aspira a compensar las deudas en el ejemplo recién dado, habrá de proponer su propia demanda y lograr en el proceso que se incoe la declaración judicial de su derecho.

B) *Confesión indivisible:* en tesis obviamente contraria, se entiende que la declaración de la parte debe ser valorada en su conjunto, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. De donde resulta que no puede considerarse como confesión cuando ella ha sido calificada o compleja (art. 167).

3.5.2.1.4. LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

Es el medio procedimental que tiene una parte procesal para lograr la declaración en juicio de su contraria y beneficiarse eventualmente con una confesión de ella.

Pliego de posiciones

El interrogatorio en base al cual habrá de declarar la parte debe estar contenido en un *pliego* que se presenta *cerrado* o *abierto*, a voluntad del ponente. En este último caso, a pedido expreso del ponente, el citado puede contestar las preguntas por escrito antes del día designado, con los mismos apercibimientos y efectos que si hubieran sido absueltas en audiencia (art. 160).

Ofrecimiento de la absolución de posiciones

En cualquier momento, desde la contestación de demanda y hasta el llamamiento de autos para sentencia, sólo por una parte y por instancia o grado de conocimiento, salvo en incidentes de artículo previo (art. 157).

Redacción de las preguntas

Cada posición contendrá un solo hecho concreto, susceptible de respuesta afirmativa o negativa. Las partes tendrán derecho de formular también preguntas relativas a las cuestiones en debate con la condición de que sean claras y no induzcan a error (art. 161).

Citación del absolvente

Personalmente o por cédula dirigida al domicilio real del absolvente, con una anticipación no mero de tres días al del acto (art. 162).

Si los absolventes son varios se señala una audiencia para todos, evitando que se comuniquen entre sí (art. 162).

Lugar de la audiencia

La absolución de posiciones debe prestarse ante el juez de la causa o, caso de litigante residente fuera de la competencia territorial, ante el juez comisionado (art. 162). Para los casos de imposibilidad de comparecer, v. art. 163.

Juramento

La parte debe absolver bajo juramento o afirmación (art. 157).

Respuesta al pliego

Se permite la consulta de apuntes pero sin valerse de consejos ni de borradores (art. 164).

Negativa a responder

Es justificada cuando la pregunta es ilícita, tiende a someter al absolvente a juicio criminal o afecta su honor (art. 164; v., asimismo, art. 218, 2°).

Ampliación del pliego

El *ponente* y el *juez* pueden ampliar sin restricción las posiciones o formular nuevas preguntas.

El *abogado o apoderado del absolvente* pueden formular preguntas ampliatorias o aclaratorias de los hechos que hayan sido materia de las posiciones a la parte presente y en tanto el juez lo permita.

No se admitirán nuevas posiciones sobre los mismos hechos que hayan sido objeto de alguna anterior (art. 165).

La *confesión* concebida como *medio de prueba* es institución típica del método inquisitivo de enjuiciamiento y, por ello, divorciada del sistema constitucional que asegura la garantía del *debido proceso* que debe presentarse sólo como *acusatorio* o *dispositivo.*

Han sido los procesalistas penales –que no los procesalistas civiles– quienes descubrieron ese desfase y, con mucho esfuerzo doctrinal, han logrado revertir ese estado de cosas: ahora, aun en algunos países que continúan ejercitando el sistema inquisitivo, la declaración de la parte procesal es *derecho y no carga* de ella. Por tanto, nadie puede provocarla.

En otras palabras: al igual de lo que ocurre en el sistema acusatorio, el interesado *declara si quiere* y, por ende, su silencio no puede generar siquiera indicio en su contra.

Pero en materia de pleitos sobre pretensiones no penales, el problema continúa.

Advierta el lector, en primer término, que la Constitución Nacional garantiza expresamente que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo,* lo que implica que no puede existir constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de deber, obligación o carga.

He recordado esto pues la *citación para absolver posiciones* que se hace a una parte en proceso en el cual se controvierte una pretensión no penal se efectúa siempre con el expreso apercibimiento de tenerla por confesa –a tenor de las posiciones redactadas y presentadas por su contrario– a quien no concurra sin justa causa a la audiencia señalada al efecto.

De la misma forma –y si el aceptar declarar o negarse a ello es innegable *derecho de la parte* y no obligación, deber o carga– se fuerza inconstitucionalmente la declaración del absolvente con la sanción que los códigos le imponen a su silencio en la audiencia respectiva: tenerlo por confeso acerca de todos los hechos contenidos en el respectivo pliego de posiciones.

En otras palabras: citada una parte procesal para declarar en juicio por la vía del medio de la *absolución de posiciones*, pierde automáticamente la garantía constitucional de que no puede ser *obligado a hacerlo.*

En efecto: si no concurre a la audiencia, *no sólo declara sino que también confiesa* todos los hechos adversos que haya imaginado su contradictor. Y si concurre pero se abstiene voluntariamente de declarar –utilizando al efecto la misma garantía constitucional recién mentada– ocurre algo idéntico: *no sólo declara sino que también confiesa...* ¿No le parece al lector que esto es definitivamente absurdo y reñido con la estructura piramidal de la legislación de una República?

> Si el absolvente no concurre a la audiencia de absolución de posiciones o, compareciendo, se negare a declarar, "será tenido por confeso en la sentencia" (art. 162).
>
> En cuanto a las *posiciones*, "si el absolvente se negare a responder o lo hiciere en forma evasiva, será tenido por confeso en la sentencia" (art. 161, 2° párrafo).
>
> En cuanto a las *preguntas*, "la negativa a contestar o las respuestas evasivas podrán surtir el mismo efecto o constituir presunciones en su contra, de acuerdo con lo que resultare de los demás elementos de juicio reunidos en autos, según prudente apreciación del juez" (art. 161, 3° párrafo).
>
> En cuanto al valor probatorio de la *confesión ficta*, "no tendrá la fuerza de la expresa cuando fuere opuesta al contenido de documentos fehacientes de fecha anterior" (art. 168).

Creo que el tema no merece más tiempo y dedicación de los que le hemos prestado. Por eso es que me abstendré de hacer las menciones habituales en las obras generales acerca de las posiciones y de lo que a ellas concierne.

No obstante, añadiré algo que deliberadamente he dejado para el final: desde los tiempos antiguos –en rigor, desde que se perdió el método de enjuiciamiento que logró la civilidad al ser suplantado por el que inventó una de las formas de barbarie que sufrió y sufre aún la humanidad– la declaración de la parte procesal se hace *bajo juramento de decir verdad* (art. 157).

He aquí un absurdo más: para el creyente, ello significa colocarlo exactamente entre la espada y la pared: si dice la verdad, pierde el pleito: si dice una mentira, pierde su alma...

Esto fue advertido –otra vez– por los penalistas: el delito de *perjurio* desapareció del código penal argentino a poco de comenzado el siglo XX. Por tanto no es delito mentir en juicio.

Sin embargo, y maguer la garantía constitucional y la inexistencia del perjurio, las leyes procedimentales –siempre divorciadas de la realidad legislativa– siguen exigiendo el consabido juramento de rigor en la redacción de cada posición que se formula en juicio.

3.5.2.2. LA "PRUEBA" DE DOCUMENTOS (EN PARTICULAR)

Ya sostuve *supra,* al explicar en general los diferentes medios confirmatorios, que existe una marcada anarquía conceptual en la casi totalidad de los códigos que se ocupan del tema.

En la Argentina, casi todo lo relativo a los *documentos en general* y aun a su valor confirmatorio está contenido en el CC.

De tal forma, al ocuparse del tema los códigos procesales, se limitan a regular aspectos puramente procedimentales respecto de toda suerte de documentos (propios de las partes o de terceros, públicos o privados).

Por ello, la explicación que sigue deberá conjugar diferentes ordenamientos que deben complementarse recíprocamente.

3.5.2.2.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Tal como lo hice antes respecto de la confesión –y respetando la misma fuente– analizaré a continuación los que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia probatoria de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *del documento*

Son:

- que tenga *aptitud representativa* de un hecho o de un concepto o de una idea cualquiera,
- que esté realizado por un *acto humano*
- y tenga *significación propia* y *entidad confirmatoria.*

Notará el lector que, contrariamente a la fuente que inspira la elaboración de este tema, no menciono a la *firma* del emisor como requisito de existencia (CC, 988 y 1012).

Sucede que las leyes en general mencionan promiscuamente con el nombre de *documentos* a los que *supra* presenté como *instrumentos, documentos, monumentos* y *registros.* Y resulta obvio que no todos ellos requieren de firma para su existencia (por ejemplo, un mojón).

Por lo demás, el tema de la discusión doctrinal está circunscrito desde hace mucho tiempo a los *documentos privados* (un billete de papel moneda, por ejemplo, no contiene firma original alguna). Y la realidad actual demuestra que cabe repensar con seriedad la normativa que exige imprescindiblemente la firma del emisor. Si así no se hace, quedarán para siempre fuera de toda protección jurídica los millones de contratos que, por ejemplo, se realizan diariamente por la vía del télex, del fax y del *e-mail.*

Finalmente: cuando se trata de instrumento escrito que naturalmente exige la firma, es obvio que –aquí sí– se trata de un requisito que hace a su existencia como tal.

2) *Los requisitos de* validez *del documento*

Son:

- que se haya elaborado *voluntariamente,*
- con las *formalidades legales* y llevado al proceso en forma *legítima,* con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la ley;

Presentación de documentos por la parte

1) En cualquier estado del pleito hasta el llamamiento de autos, "a menos que sea de fecha posterior o que la parte que lo presente afirme no haber tenido antes conocimiento de él" (art. 183).

2) En esos casos de excepción, "el juez podrá hacer uso, al efecto, de sus facultades para mejor proveer" (art. 184).

3) En segunda instancia, "no se dará a estos documentos más sustanciación que la que el superior crea conveniente según las circunstancias, en uso de sus facultades para mejor proveer" (art. 185).

Exhibición de documentos (por la contraparte y por tercero)

1) La *contraparte* tiene la *carga* de exhibir los documentos relativos a la cuestión litigiosa que estén en su poder o, caso contrario, de indicar el lugar donde se hallan (art. 173). Si no lo hace en el plazo establecido, o no declara bajo juramento que no los posee ni ha dejado de poseerlos para evitar su exhibición, "se tendrá por exacta la copia que hubiera presentado el que solicitó la exhibición del original o podrán ser tenidas como exactas las afirmaciones que hubiera hecho sobre su contenido" (art. 174).

2) El *tercero* ajeno a un proceso también tiene obligación de exhibir documento (art. 173) y, caso de resistirse, "podrá ser obligado compulsivamente a presentarlo y será responsable por los daños y perjuicios que su resistencia causare" (art. 175).

Reconocimiento de documentos privados

Si el documento debe ser reconocido por una parte, el caso es idéntico al de absolución de posiciones: ambas audiencias se notifican por cédula (art. 62, inc. 5°), con la anticipación ya establecida en el art. 92, en el domicilio *real* del interesado. Caso de no haber sido denunciado, la notificación en éste cumple en la forma establecida en el art. 40. En el caso de inasistencia injustificada, "se tendrá por reconocido el documento en la sentencia" (art. 176).

Si el documento debe ser reconocido por un tercero, el caso es idéntico al de declaración testimonial y se aplica lo dispuesto en el art. 202.

Cotejo

Si el requerido para reconocer documento niega su firma o no reconoce la atribuida a otra persona, "podrá procederse, si la parte lo solicitare dentro de tres días, a la comprobación de la autenticidad por medio de prueba pericial" (art. 179).

A falta de acuerdo de partes acerca del documento indubitable sobre el que se hará el cotejo (art. 179, 2° párr.), el juez puede tener por tal a documentos públicos o privados reconocidos judicialmente u ordenar la formación de cuerpo de escritura (art. 180).

- y, tratándose de *copias,* que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su *legítima expedición* (para la reposición de las escrituras públicas, arts. 680 y 681).

En el art. 169 se prevé el caso de *compulsa* de las copias de instrumento público con su original.

Cualquier litigante puede pedir el cotejo con el original si cree: a) que la copia es inexacta, aun en supuesto de poder ser expedida sin necesidad de citación de partes (art. 170); b) que necesita ampliaciones (art. 171).

La compulsa se realiza por el actuario, en el lugar en que se halla el original y en presencia de las partes interesadas (art. 170).

3) *Los requisitos de* eficacia *del documento*

Son:

- que su contenido sea *convincente* y
- no haya otro medio confirmatorio válido en *su contra*;
- que llegue al proceso sin *violación de la reserva o del secreto* que la ley le haya impuesto a su emisor o a su tenedor

- y *completo, sin alteraciones, mutilaciones, tachaduras* o *enmiendas* sin salvar adecuadamente de puño y letra del emisor o con la misma máquina con la cual se emitió
- y que, en su caso, se haya hecho el *registro* (público) que exija la ley.
- Finalmente: cuando se encuentra emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad.

El art. 172 asigna el valor probatorio de los documentos públicos nacionales a los "documentos públicos otorgados en el extranjero, con arreglo a sus leyes y autenticados en debida forma".

3.5.2.2.2. EL VALOR CONFIRMATORIO DEL DOCUMENTO

Históricamente, el documento escrito es un medio de *prueba* muy posterior e inferior a la confesión (recuérdese su calidad de *probatio probatissima)* y al testimonio de terceros. De ahí que, hasta la actualidad, a contrapelo de la historia y no obstante estar ello reñido con la lógica, mantiene una entidad *probatoria* menor en numerosos códigos vigentes.

Sin embargo, en el mundo que no ató su destino judicial al sistema inquisitivo –en rigor, mucho antes de que éste apareciera con el rigor perverso impuesto a fines del siglo XV– se adoptó la escritura para redactar notas a fin de rescatar la memoria de lo anotado en un futuro eventual.

En la actualidad, cuando la doctrina se maneja diferenciando adecuadamente a los instrumentos, los documentos, los monumentos y los registros, no cabe hablar con propiedad del *valor probatorio* de todo ello.

Por tal razón, algunos códigos más modernos que los que rigen en la Argentina, por ejemplo, han dejado de preestablecer el *valor probatorio* de los diferentes medios, dejando que el libre y prudente arbitrio del juez opte por alguno de ellos en cada caso. En otras palabras: la ley no asigna un determinado valor que el juez debe respetar a todo trance. De tal modo, todos los medios de confirmación se convierten en simples *medios de convicción*, con los enormes peligros que ello puede llevar aparejado.

Ya se verá luego que la asignación de un cierto valor a cada medio en particular es, precisamente, lo que se llama *tasación de la prueba* y que ello implica varias cosas: en primer lugar, asegurarse el legislador de que se cumplirá la norma primaria por él dictada y que, así, el juez no podrá emplear métodos interpretativos referentes al medio de debate basados en su exclusiva preferencia personal. En segundo término, permitir que los ciudadanos puedan cuidar adecuadamente de sus intereses, dejando por escrito lo que crean conveniente a fin de guardar debida

memoria de lo actuado y de evitar eventuales discusiones futuras acerca de lo que ocurrió en el pasado, con la certeza de que el juez que procese y sentencie el litigio no podrá variar a voluntad las reglas del juego que los interesados guardaron estrictamente durante el desarrollo del proceso.

Parece obvio destacar que en el cambiante mundo actual corresponde inclinarse del lado del legislador y no en el del juez. De tal manera, éste tendrá que respetar el significado probatorio del documento público sin que pueda alterarlo por vía de algunos de los medios conocidos de convicción.

Esta tesitura interpretativa condice, por lo demás y en la Argentina, con lo que legisla al respecto la normativa de fondo pues, por respeto y necesidad de mantener la gradación de las leyes en un país de raíz federal, la norma de carácter nacional debe prevalecer por sobre las normas provinciales contenidas en los códigos procesales.

De tal forma, el *instrumento* (*documento público*) tiene definitivo valor probatorio acerca de los hechos que el funcionario dador de fe afirma como cumplidos por él mismo o por los propios interesados realizados en su presencia. Y ello hasta tanto el respectivo instrumento sea declarado falso.

El valor probatorio de los *instrumentos públicos nacionales* está regulado en CC, 993 a 995.

V. caso especial del telegrama en el art. 182.

Diferente valor tienen las aseveraciones que los interesados expresan ante el dador de fe: ellas valen hasta la simple prueba en contrario por cualquiera de los legitimados para hacerlo.

Por lo contrario, los *documentos* (*documentos privados* o *simples documentos*) que requieren ser reconocidos por sus firmantes tienen distinto valor "probatorio" según sea quien los firme: si la parte procesal, importa un reconocimiento equiparado a la confesión (art. 166).

El valor probatorio de los *documentos simples* emanados de y reconocidos por las partes, es pleno (CC, 1026: El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores).

Los pertenecientes a terceros ajenos al proceso, tienen el valor que les asigne el juez conforme a las reglas de la sana crítica y el crédito que inspiren las condiciones personales de los testigos (arts. 181 y 224).

3.5.2.3. LA "PRUEBA" DE PERITOS (O *PERITAJE*) (EN PARTICULAR)

Ya se ha visto el tema en los # 3.5.1.1. y # 3.5.1.4.3. Habrá advertido allí el lector –luego de comparar ambos textos– cuántas sensibles diferencias existen

entre un peritaje *científico* y uno de *opinión*. Tantas, que resultan inconfundibles por ser, definitivamente, cosas diferentes:

a) en el primero –*el científico*– hay y habrá siempre un único resultado en la comprobación que haga uno cualquiera o todos los *peritos*;

b) en el segundo –*el de opinión*– en cambio, pueden haber tantas opiniones –y, además, discordancias– cuantos peritos opinen.

De ahí que insisto recurrentemente en la necesidad de no seguir mencionándolos con la misma palabra, ya equívoca por multívoca.

Esa equivocidad ha permitido la antigua y permanente confusión de los autores al tratar de *diferenciar a un testigo de un perito* y posibilitó el demérito confirmatorio que, sin excepción, han dado los códigos que regulan al peritaje –y para toda suerte de ellos– como un *medio de prueba.*

De allí que el tratamiento legislativo del tema sea siempre asaz confuso: se mezcla *un perito en determinación de grupos sanguíneos* o *en fuerza de gravedad* con un *perito tasador de inmuebles* o *un perito calígrafo* y a todos se les aplica idéntica solución (art. 199).

De ahí que toda esa legislación sirva sólo para lo que aquí he denominado *perito de opinión.* Con esta salvedad, veamos algunos de los distintos problemas que plantea el tratamiento del tema en particular.

1) *La diferencia entre un perito técnico y un testigo técnico*

Para quien está desprevenido podría resultar –de lo que llevo dicho- que el perito de opinión es un simple testigo. Pero no es así:

a) como se verá luego en el # 3.5.1.4.4, el testigo relata siempre hechos que percibió o conoció por medio de sus sentidos (en otras palabras: el testigo, por ejemplo, vio u oyó el hecho sobre el cual depone) y, si es un técnico, respecto de lo que vio u oyó pero pudiendo dar las calificaciones o explicaciones del caso que enriquecerán eventualmente su testimonio;

b) en cambio, el perito estudia hechos o lugares, personas y cosas que las propias partes le presentan precisamente para eso.

2) *La recusación a los peritos*

La designación de un perito en general puede ser hecha directamente por cada parte (se denomina *perito de parte)* o por ambas, estando de acuerdo al efecto (es un *perito común* de las partes) o, en su defecto, designado por el juez en forma directa o por sorteo entre los inscritos en una lista elaborada para el caso (es un *perito judicial* o *perito tercero*).

Por obvias razones, deben tener diferente tratamiento en cuanto a la posibilidad recusatoria de las partes. Las veremos a continuación:

a) El *perito judicial* debe ser recusable por las mismas causas que las leyes acuerdan desde antaño para recusar a los jueces. Y ello, por cuanto –al igual que el juzgador– el perito judicial debe ostentar sus mismas cualidades: ser imparcial, imparcial e independiente (art. 190).

b) El *perito común* también debe ser recusable, sólo que por causas nacidas o conocidas por el recusante con posterioridad a su designación. La solución es lógica e inatacable: si una parte procesal designó a alguien como perito es porque no tenía o no le conocía causal de recusación (caso contrario, no lo hubiera designado) (art. 190).

> El supuesto es similar al caso de recusación de árbitros (art. 425) y comprende a los peritos partidor e inventariador (art. 609).

c) El *perito de parte* no pasa de ser un simple *consultor* o *delegado técnico* o *veedor-control* del peritaje realizado por el *perito común* o por el *perito judicial.* Como es simple de imaginar, este *perito de parte* no actúa como verdadero tercero imparcial o indiferente frente al objeto por el cual las partes litigan, toda vez que su naturaleza jurídica es la de un *simple mandatario de la parte que lo designó.* De ahí que deba acatar sus instrucciones y de ahí también la importancia que ostenta como control de la confección del peritaje.

Por eso es que no cabe jamás su recusación que, de ser aceptada, implicaría una suerte de recusación a la propia parte, cosa inimaginable. Esto, que tan claro se ve cuando actúa un único perito judicial, no lo es tanto cuando el peritaje se encarga a *tres* personas: una designada por cada una de las partes en litigio y la otra por el juez. Pero es indudable que aquí cabe repetir lo recién señalado: el perito designado por una de las partes sin el acuerdo de la otra es y será siempre *perito de parte* y, como tal, mandatario de ella (art. 193).

3.5.2.3.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE PERITOS

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *del peritaje*

Son:

- debe ser un *acto* realizado *personalmente* en un *proceso* y a consecuencia de un *encargo judicial,*

El dictamen pericial será decretado cuando cualquiera de las partes lo solicitare o el juez lo creyere necesario (art. 186).

El número de peritos a designar varía conforme al tipo de proceso y a si existe o no acuerdo de partes (v. art. 186).

- cumplido por un *tercero*
- y debe versar sobre *hechos,* nunca sobre *derecho* cuyo conocimiento, interpretación y aplicación incumbe exclusivamente al juez.

2) *Los requisitos de* validez *del peritaje*

Son:

- el encargo judicial de su realización debe ser *conforme con la ley*

El art. 187 establece que, al decretar el examen pericial, el juez fija con precisión los puntos de pericia teniendo en cuenta los presentados por las partes. Además, determina el plazo para dictaminar y presentar el respectivo informe.

El perito es designado por acuerdo de partes o, en su defecto, por el juez de la causa (art. 186).

La designación debe recaer en persona de la lista de peritos existente o a confeccionarse, que posea título habilitante "emanado de instituciones argentinas si la profesión estuviere reglamentada. Si no lo estuviere o, si estándolo, no hubiere perito en el lugar del juicio, podrá formarse con personas entendidas o prácticas" (art. 188).

El juez puede prescindir de la lista de peritos cuando sean necesarios conocimientos especiales dentro de determinada profesión (art. 20).

- y no existir *prohibición* de practicarlo;
- el perito debe ser persona civilmente *capaz,*
- haber tomado *debida posesión del cargo*

Los peritos deben aceptar el cargo (art. 189), salvo justa causa (arts. 189 y 218, 2°), en el plazo de tres días y bajo apercibimiento de sanciones (art. 189).

La aceptación se hace ante el actuario, bajo juramento o afirmación de desempeñarlo debidamente (art. 191).

Caso de no aceptación, se procede a nuevo nombramiento (art. 191).

- y realizado el peritaje en forma *consciente, libre de coacción, dolo, violencia, cohecho o seducción,*
- sin haber utilizado *medios ilegítimos o ilícitos* para el desempeño del cargo
- y haber *realizado personalmente* (no por otra persona) los estudios básicos que posibiliten la emisión de su dictamen,

En el día y hora fijados por el juez (art. 192), en presencia de las partes y sus delegados técnicos a fin de realizar las observaciones que consideren pertinentes (art. 193), se reúnen los peritos para practicar unidos la diligencia (art. 193).

Si las partes se encuentran presentes, deben retirarse del acto al comenzar la deliberación de los peritos (art. 193).

Las partes tienen el deber de colaborar en la realización de la prueba pericial (art. 196), consecuencia del principio de moralidad expresamente contemplado en art. 24. La negativa injustificada permite estar a las afirmaciones de la parte contraria respecto de la cuestión, salvo que se trate de asunto que afecte el orden público (art. 196; en este último caso "podrá ordenarse compulsivamente la realización de la prueba").

Si alguna de las partes manifiesta no tener interés en una prueba pericial, "ésta se hará a cargo de quien la hubiera solicitado, excepto cuando la primera resultare condenada en las costas del juicio y la diligencia hubiera sido necesaria para la solución del pleito; circunstancia, esta última, que el juez consignará en la sentencia" (art. 198).

- presentado o expuesto finalmente ante el juez con las *formalidades del caso* en cuanto a tiempo, modo o lugar.

Si las modalidades del examen lo permiten, los peritos pueden rendir su dictamen de inmediato (art. 192).

Caso contrario, el dictamen se presenta por escrito, con copia para las partes, dentro del término fijado y en tantos ejemplares cuantas opiniones diversas haya (art. 193).

Caso de falta de presentación en tiempo, corresponde el reemplazo de los peritos y su sanción (art. 194).

- Además, no debe existir *causal general de nulidad* que vicie también el peritaje (art. 129) y,
- cuando son varios los peritos, la *deliberación debe ser hecha en forma conjunta,* con explicación de lo deliberado en la ocasión (art. 193).

3) *Los requisitos de* eficacia *de la pericia*

Son:

- debe ser *conducente* respecto del hecho a confirmar y, éste, *pertinente* con el objeto de la controversia;
- el *perito ser idóneo* en la materia sobre la cual perita (art. 188)
- y haber hecho su dictamen con suficiente y explicada *motivación,*
- con conclusiones *claras, asertivas, firmes* (no dubitativas) *y que guarden coherencia* lógica con los fundamentos
- y que sean *convincentes* y no aparezcan como *improbables, absurdas o imposibles*
- y acerca de hechos que *no sean jurídicamente imposibles,*
- sin *exceder los límites del encargo judicial*

- ni haberse hecho el estudio previo al dictamen *sin conocimiento y participación de todos los interesados* en el resultado (lo que significa que no puede existir violación del derecho de defensa de las partes) (art. 193);
- no debe existir *motivo serio que haga dudar* de su imparcialidad, desinterés y sinceridad,
- ni otro medio confirmatorio convincente que *desvirtúe el dictamen o lo haga dudoso o incierto,*
- ni prueba alguna acerca de una objeción imputada por existir *error grave, dolo, cohecho o seducción* en el peritaje,
- ni declaración judicial de *falsedad del dictamen,*
- ni violación por el perito de la *reserva legal* o *del secreto profesional* que ampare a las personas, cosas o lugares que sirvieron de estudio para fundamentar el dictamen.
- Debe ser *presentado o expuesto oportuna y formalmente* (art. 193)
- y no haber *rectificación o retractación del perito* acerca de sus conclusiones.

La valoración de la prueba pericial debe efectuarse según las reglas de la sana crítica (arg. art. 224).

El juez no está obligado a seguir el dictamen pericial (art. 199).

De oficio o a pedido de parte, el juez podrá ordenar informes a las oficinas técnicas cuando lo crea necesario (art. 197).

3.5.2.4. LA "PRUEBA" DE TESTIGOS (EN PARTICULAR)

Ya he adelantado el tema en el punto # 3.5.1.4.4, al explicar lo relativo al testimonio en general como un medio de confirmación que produce convicción en el juzgador.

Toca ahora ocuparse de la persona y de los deberes y derechos del testigo.

1) *La persona del testigo*

Ya se ha visto que, desde los tiempos antiguos, se han presentado grandes resquemores contra el testigo y su testimonio. Veamos ahora cuáles son

2) *Los deberes del testigo*

Todo testigo está sujeto al cumplimiento de tres deberes de diferente contenido: el de comparecer, el de declarar y el de decir la verdad en la declaración. Los explico seguidamente.

a) *El deber de comparecer*

A raíz de él, el testigo debidamente citado al efecto ha de comparecer ante el juez que lo citó sin poder excusarse a voluntad pues el comparendo constituye una *carga pública.* Si no comparece sin causa justificada, se constriñe su comparendo.

El deber de comparecer de toda persona mayor de 14 años está consagrado en el art. 203. Las excepciones al deber de comparecer están previstas en los arts. 214 y 215. También pueden ser citadas personas menores de 14 años (arg. art. 158, 2°).

Sin perjuicio de ello, están exceptuados del cumplimiento de este deber:

A) por *imposibilidad de comparecer*, los enfermos o personas de avanzada edad que justifiquen adecuadamente que no pueden desplazarse sino con enorme esfuerzo (art. 214). En tales casos, se los interroga en su propio domicilio en audiencia convocada al efecto y con la presencia de los funcionarios del caso y de las partes procesales a las que puede afectar la declaración;

B) por *privilegio especial*: las personas que, desde tiempo antiguo, gozan de la prebenda de no comparecer a declarar por virtud de dispensa hecha por la misma ley procesal y, en su lugar, permiten que lo hagan por escrito en su propio domicilio (art. 215).

Por supuesto, la excepción del deber de comparecer no impide la declaración: sólo que ella se hace por escrito, en el propio despacho del funcionario privilegiado (art. 215), sin el control inmediato de las partes, a quienes se les veda saber si consultó apuntes (prohibido a los testigos corrientes) o si contó con asesoramiento letrado (ídem), etc.

b) *El deber de declarar* o *atestiguar*

Comparecido el testigo ante el juez, debe declarar acerca de lo que le pregunten las partes. Caso de no hacerlo, en algunos códigos se constriñe su declaración, con lo cual se le quita el carácter de *deber* al que estamos estudiando.

Su deposición debe hacerse a tenor de las preguntas que les formulen las partes en litigio. Acerca del tenor de las preguntas y de la forma que debe asumir el interrogatorio, ver art. 204.

Sin embargo, hay excepciones a este deber que el testigo debe hacer valer en la oportunidad de su declaración: cuando la respuesta que debe dar a una pregunta puede comprometer su honor o exponerlo a enjuiciamiento penal o a revelar un secreto científico, militar, artístico, industrial o profesional.

El deber de declarar de toda persona mayor de 14 años está consagrado en el art. 203. Las excepciones al deber de declarar están previstas en los arts. 216 y 218.

c) *El deber de decir verdad*

Comparecido el testigo y colocado ya en posición de declarar, debe ahora decir la verdad acerca de lo que es interrogado. Para asegurar ello, desde antiguo la ley le exige prestar solemne juramento de que así lo hará e identificarse y responder adecuadamente a una serie de preguntas cuyas respuestas sirven para conocer el grado de imparcialidad del testigo.

Los testigos deben prestar juramento o afirmación de decir verdad (art. 209).

De las respuestas dadas por el testigo a las preguntas que versan sobre las *generales de la ley* (art. 209) surgirán las causales de *tacha* (art. 221) que debe ser deducida en el mismo acto de la declaración (art. 222).

Las causales de tacha que surgen del propio ofrecimiento de prueba deben ser deducidas dentro de los 5 días de conferidos los traslados recíprocos de los medios ofrecidos (art. 402).

La deducción de la tacha no obsta a la declaración del testigo (art. 220).

Caso de indicio de falso testimonio, el juez ordenará la remisión de los antecedentes a la justicia penal (art. 225).

3) *Los derechos del testigo*

Si bien el acto del comparendo al tribunal para prestar declaración constituye una carga pública, no resulta razonable que el mismo testigo sea quien deba asumir personalmente los gastos de transporte y manutención cuando debe declarar en lugar diferente al de su domicilio.

Previendo esta situación, muchos códigos –que no todos– establecen la posibilidad de que el testigo reclame ante el juez una suerte de indemnización o pago de viático suficiente para abonar los gastos del caso.

La indemnización está prevista en el art. 219. Su ofrecimiento por parte del oferente de la prueba, en el art. 206.

3.5.2.4.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE TESTIGOS

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *del testimonio*

Son:

- debe ser *declaración personal* de un *tercero* (no parte) en un *proceso,*
- que tenga significación confirmatoria y
- que verse acerca de *hechos* acaecidos con antelación o comenzados a acaecer antes de la declaración aunque sigan ocurriendo el tiempo de realizarse ella,

- y que hayan sido percibidos o conocidos por el declarante a través de sus sentidos.

2) *Los requisitos de* validez *del testimonio*

Son:

- el *ofrecimiento* del medio por *parte legitimada* al efecto (nunca por el juez) y la *admisión* y *ordenación* del testimonio por el juez en legal forma,

  En el art. 201 se establece que "la admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias; los jueces deberán siempre decretar el examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto".

  El ofrecimiento de la prueba testimonial está regulado en el art. 200 y debe hacerse dentro de los plazos asignados en cada clase de juicio (arts. 402; 410; 413, 1°; 427; 429; 545; 369 y 379), salvo caso de aseguramiento de pruebas (art. 273).

  El ofrecimiento debe estar acompañado del *pliego de interrogatorio* (art. 200).

- y su *recepción* por funcionario hábil a ese efecto;

  La presencia del juez en las audiencias y la regla de *inmediación* están consagradas en el art. 18. Ver, asimismo, el art. 204.

  Caso de testigos que deben declarar *fuera del lugar del juicio*, ver el art. 205.

- la *capacidad procesal* del testigo
- y su *habilidad* o *aptitud física, moral* e *intelectual* para el caso concreto;

  En el art. 217 se consagra un supuesto de *inadmisibilidad* de la prueba testimonial (el cónyuge aunque esté separado, los parientes y afines en línea recta o en segundo grado de la colateral y los tutores, curadores o pupilos, presentados como testigos contra una de las partes) y sus excepciones.

- el testimonio debe ser un acto *consciente, libre de coacción,*
- precedido por la prestación de *juramento* en legal forma (art. 209)
- y cumplir las *formalidades procesales* de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar la declaración;

  En lo posible, el juez señala audiencia para que los testigos declaren en un mismo día (CPC, 208).

  La citación a los testigos con una anticipación no menor de 3 días, salvo caso de urgencia (art. 202), por cédula que transcriba el texto del art. 203.

  Los testigos serán llamados separada y sucesivamente y declararán de manera que no puedan oír las declaraciones de los otros (art. 208).

  La audiencia se realiza en la sede del tribunal, salvo que el juez disponga lo contrario cuando el reconocimiento de algún sitio contribuya a la eficacia del testimonio (art. 212).

  Los testigos deben permanecer en el tribunal hasta que termine la audiencia, salvo disposición en contrario fundada en razones especiales (art. 211).

- además, no debe haber *motivos generales de nulidad* del proceso que puedan afectar la validez del testimonio (art. 129)
- ni *prohibición legal* para la recepción del testimonio particular o del testimonio en general para ese proceso
- y debe contar con *adecuado control* de la parte contraria de quien ofreció la testimonial (art. 204, 205 y 208).

3) *Los requisitos de* eficacia *del testimonio*

> En general, los jueces deben apreciar la prueba testimonial conforme a "las reglas de la sana crítica y al crédito que inspiren las condiciones personales de los testigos" (art. 224).

Son:

- el medio debe ser *conducente* y *pertinente* con el hecho a probar
- y *útil* para generar convicción en el juzgador;
- el testigo debe haber contado con plena *capacidad mental* al momento de la percepción de los hechos acerca de los cuales depone, y no haber tenido perturbaciones psicológicas o de otro orden que –aun cuando no alcancen a producir incapacidad mental– puedan afectar la veracidad o la fidelidad del testimonio,
- y tener una *capacidad memorativa* normal de acuerdo con la antigüedad de los hechos sobre los cuales atestigua,
- sin que existan circunstancias objetivas o subjetivas que puedan haber *alterado la fidelidad de esa percepción o de su memoria,*
- y no padecer de *falta total o parcial* o de *defectos del órgano de percepción* que debió utilizar para tomar conocimiento del hecho;
- el relato debe ser hecho refiriendo a hechos que no deben aparecer *inverosímiles* o *imposibles,*
- o estar en *contradicción con las reglas generales de la experiencia,*
- y las respuestas ser *claras* y *seguras* y *precisas* las afirmaciones (art. 209),
- que deben contar con el respaldo de la *razón de los dichos* de modo tal que el *conocimiento* del testigo esté *de acuerdo con esa razón del dicho* (art. 209),
- y sin exceder el objeto propio del testimonio
- ni violar una reserva o secreto profesional (art. 216 y 218, 2°)
- y no parecer seriamente *improbable la ocurrencia del hecho* en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone;

- además, debe haber ausencia tanto de *interés personal o familiar* del testigo en el litigio en el cual se discute el hecho objeto del testimonio como de antecedentes de perjurio, falso testimonio o deshonestidad del testigo; del mismo modo no debe haberse acreditado incidentalmente en el proceso el dolo del testigo o la falsedad de su testimonio;

> En cuanto a la inadmisibilidad de la prueba testimonial contra una de las partes del cónyuge y parientes, ver art. 217.
>
> Caso de indicio de falso testimonio, ver art. 225.

- no debe existir efecto de *caso juzgado* ni *presunción de derecho* en contrario a lo declarado;
- cuando son varios los testigos, es menester que no existan entre ellos *graves contradicciones*, debiendo preferir el juez al que goce de mayor credibilidad;

> En caso de contradicción entre las declaraciones, los testigos "podrán ser careados entre sí aunque no medie petición de parte" (art. 213).

- si se trata de una declaración trasladada desde otro proceso entre las mismas partes, *su ratificación*;
- en todo caso, que se hayan *cumplido las formalidades* de modo, tiempo y lugar para su recepción

> A pedido de parte o de oficio, el juez puede variar los términos en que fueron formuladas las preguntas (art. 204), las que no podrán involucrar o sugerir respuesta (íd.) ni contener referencias técnicas, salvo si son dirigidas a personas especializadas (íd.).
>
> La propia oferente de la prueba puede efectuar *ampliaciones* sólo sobre lo que fue materia de pregunta o de repregunta; la contraria, *repreguntas* que hace libremente (art. 204).
>
> De la declaración de los testigos se levanta acta. El testigo puede efectuar las aclaraciones o rectificaciones que estime necesarias. Firman el juez, el actuario y el testigo (art. 211).

- y que el declarante no sea persona que habitualmente es llamada a declarar en Justicia.

3.5.2.5. LA "PRUEBA" DE INFORMES

Este tipo de "prueba" es relativamente moderno y aparece legislado en los códigos en forma casi generalizada a partir de la segunda mitad del siglo XX y, conforme se halla reglamentado, viene a erigirse en una suerte de *testimonio de la persona jurídica* sólo y exclusivamente, acerca de hechos de los que existe constancia registral en sus archivos o libros regular y legítimamente llevados.

Y parece absolutamente razonable la admisión legal pues, sin perjuicio de

lo recién dicho, tales registros se presentan también como una variante de la *prueba documental.*

3.5.2.5.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE INFORMES

Toda vez que el *informe* es una suerte de *testimonio documental* que brinda una persona jurídica, se aplican al caso –en lo pertinente– los mismos que ya expliqué respecto de la prueba de documentos y de la prueba de testigos.

1) *Los requisitos de* existencia *de la prueba de informes*

Son:

- debe ser *declaración* del representante legal de una persona jurídica que es *tercero* (no parte) en un *proceso* (art. 228),
- que tenga significación confirmatoria y
- que verse sólo acerca de *hechos o de datos* que consten asentados en forma correcta en registros llevados regularmente por el informante (art. 228).

2) *Los requisitos de* validez *de la prueba de informes*

Son:

- el *ofrecimiento* del medio por *parte legitimada* al efecto (nunca por el juez) y la *admisión* y *ordenación* del informe por el juez en legal forma,

  Sin embargo, el art. 228 admite que la prueba de informes pueda ser ordenada "de oficio o a petición de parte".

- su *recepción* y eventual constatación por funcionario hábil a ese efecto;
- y cumplir las *formalidades procesales* de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar el informe;
- además, no debe haber *motivos generales de nulidad* del proceso que puedan afectar la validez del informe
- y la parte contraria de quien ofreció la prueba debe contar con posibilidad de *adecuado control* de la emisión y del contenido del informe.

3) *Los requisitos de* eficacia *de la prueba de informes*

Son:

- el medio debe ser *conducente* y *pertinente* con el hecho a probar
- y *útil* para generar convicción en el juzgador;
- y las respuestas ser *claras* y *seguras* y *precisas* las afirmaciones,

- en todo caso, que se hayan *cumplido las formalidades* de modo, tiempo y lugar para su recepción.

  Las partes pueden ser autorizadas para su diligenciamiento (art. 228).

  En Lp 9040, 7, se dispone que la provincia, sus entes autárquicos institucionales, las municipalidades y las comunas, no pueden ser intimados a la presentación en juicio de informes por un plazo inferior a los treinta días hábiles.

3.5.2.6. LA "PRUEBA" DE INDICIOS Y PRESUNCIONES

Ya se vio en el # 3.5.1.4.5. lo relativo al indicio como medio de convicción. Veamos ahora los aspectos particulares de este medio.

3.5.2.6.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE INDICIOS

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *de los indicios*

Son:

- que haya *plena prueba* del hecho indicador
- y que tal hecho tenga alguna significación confirmatoria respecto del hecho que genera el razonamiento indiciario, por existir alguna conexión lógica entre ellos.

2) *Los requisitos de* validez *de los indicios*

Son:

- que el medio confirmatorio del hecho indicador o indiciario haya sido decretado y practicado en legal forma y realizado por medios lícitos y no prohibidos por la ley;
- que no haya una causa general de nulidad del proceso que vicie el hecho indicador
- ni prohibición legal de investigar el hecho indicador o el hecho indicado.

3) *Los requisitos de* eficacia *de los indicios*

Son:

- la *conducencia* del medio indiciario respecto del hecho investigado,
- que se haya descartado razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el hecho investigado sea *aparente, por obra*

de la casualidad o del azar, así como la *posibilidad de falsificación* del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes;

- que aparezca clara y cierta la *relación de causalidad* entre el hecho indicador (el conjunto de ellos, si son contingentes) y el indicado
- y que sean *varios, graves, precisos y concordantes o convergentes*, cuando los hechos indicadores son contingentes (art. 226);
- que no haya *contraindicios* que no puedan descartarse razonablemente
- y que se hayan eliminado las otras posibles hipótesis y los argumentos que pueden contradecir la conclusión adoptada;
- que el resultado inferido sea unívoco e inequívoco (no polívoco o equívoco);
- que no existan otros medios de confirmación que contradigan los *hechos indiciarios* o que demuestren la *existencia de un hecho opuesto* al indicado por aquéllos;
- que se haya llegado a una *conclusión precisa y segura*, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez.

3.5.2.7. LA "PRUEBA" DE INSPECCIÓN O DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Ya se ha visto en el # 3.5.1.3. que en un sistema republicano de juzgamiento, el juez no puede erigirse en *fuente de prueba* pues todo lo que él vea, oiga, toque, guste o huela queda incorporado a su persona y, así, el resultado del reconocimiento o de la inspección queda absolutamente fuera de control de las partes procesales, con todo lo que ello implica de conculcación del derecho de defensa en juicio.

Tanto es así que, muchas veces, el resultado de la inspección se mezcla con el saber privado del juzgador o queda condicionado por éste, a espaldas de los interesados que habrán de sufrir las consecuencias disvaliosas de la sentencia dictada haciendo mérito de ellos.

Esta es la razón por la cual, en los últimos años y en los lugares donde comienza a predominar el sistema acusatorio de juzgamiento, este medio probatorio se halla por completo en demérito doctrinal y legislativo y, así, resulta prohibido en su realización oficiosa. Se admite, en cambio, cuando se realiza a pedido de parte y con la precisa condición de que la inspección la realice un funcionario que no sea el propio juez o, para el caso de que éste deba hacerlo en forma personal, que haga constar en acta *ad hoc* todo lo inspeccionado y reconocido, a fin de que en ello *y sólo en ello* pueda basar eventualmente su

sentencia, en tanto lo contenido en el acta ha podido ser materia de control de las partes eventualmente afectadas por lo sentenciado.

Hechas estas aclaraciones, trataré ahora el tema desde la óptica de las leyes inquisitivas pero adecuando los requisitos a lo que sistémicamente debe ser un *debido proceso*.

3.5.2.7.1. LOS REQUISITOS DE LA "PRUEBA" DE INSPECCIÓN JUDICIAL

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *de la inspección judicial*

Son:

- debe ser realizada por la persona que el juez haya designado al efecto,
- siempre que sea funcionario judicial que actúe en ejercicio del cargo.

Asimismo, el juez puede disponer la concurrencia de peritos (art. 227).

2) *Los requisitos de* validez *de la inspección judicial*

Son:

- que no exista *prohibición legal* de practicar la diligencia de reconocimiento,
- la que debe ser *ordenada* y *notificada a las partes* en legal forma (art. 227)
- por el *juez competente* para realizarla
- a fin de que puedan los interesados consentirla y, en su caso, tomar toda la participación que deseen;
- además, que no existan *motivos generales de nulidad que vicien el acto.*

3) *Los requisitos de* eficacia *de la inspección judicial*

Son:

- la *conducencia* del medio respecto de lo inspeccionado (debe ser susceptible de percepción directa por el funcionario delegado al efecto por el juez)
- y la *pertinencia* del objeto de la inspección con el litigio;
- que tal objeto no sea *jurídicamente imposible*, por existir presunción de derecho o efecto de caso juzgado en su contra,

- que se labre prolija y clara *acta* de todo lo acaecido en la oportunidad de modo tal que permita conocer con seguridad a los interesados en saber lo que fue el objeto de la inspección y cuáles sus características y resultados;
- que las conclusiones allí relatadas no aparezcan absurdas o imposibles;
- que no haya habido rectificación o retractación de tales conclusiones por quien las emitió
- ni otros medios confirmatorios que las desvirtúen
- ni declaración judicial de falsedad del acta.
- Además, que se no haya violado reserva legal o secreto profesional alguno
- y que haya sido procesalmente posible para las partes contradecir su resultado.

3.6. EL PROCEDIMIENTO CONFIRMATORIO (*CUÁNDO SE CONFIRMA*)

Ya expliqué en su momento que todo proceso constituye una serie de etapas de necesaria existencia y que se abren –o no– en cada caso concreto en función de lo efectivamente allí actuado por las partes.

Cabe recordar que la *etapa de afirmación* debe presentarse siempre e imprescindiblemente en *todo proceso,* pues éste se incoa por demanda y ella debe contener *sí o sí* una afirmación.

También debe existir la posibilidad legal de abrir una *etapa de negación* de lo afirmado en la demanda. Pero esta etapa no es de tránsito imprescindible para el demandado.

De la misma forma, de no haber oposición a la demanda nada habrá para confirmar, pues en un verdadero sistema procesal el silencio *debe tener un valor impuesto por la ley*: en todo litigio de objeto transigible implicará siempre el reconocimiento de los hechos expuestos por el actor.

Finalmente, también debe existir la posibilidad de abrir con posterioridad una *etapa alegatoria* para que cada parte haga mérito de los medios confirmatorios producidos e intente convencer al juzgador de sus respectivas razones. Pero es claro que, caso de no producirse elemento confirmatorio alguno, carece de sentido abrir dicha etapa.

Por tanto: la pregunta *cuándo se confirma* debe ser contestada con la respuesta *en la etapa respectiva,* siempre que ella sea abierta al efecto.

Habida cuenta de que en cada tipo procedimental las leyes establecen plazos diferentes a tal efecto, ese *cuándo*, además, debe ser relacionado con aquél.

3.6.1. LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONFIRMATORIO

Contestada la demanda y existiendo algún hecho controvertido por los interesados (o, en defecto de ello, alguno que no ha sido contradicho pero que debe ser de *demostración necesaria* en función del valor jurídico en litigio) el juzgador debe ordenar la apertura de la etapa confirmatoria, que se compone de cuatro subetapas: la de ofrecimiento, la de aceptación, la de admisión y la de producción.

En el art. 145 se establece la regla general según la cual "si hubieren hechos controvertidos o de demostración necesaria, se abrirá la causa a prueba".

La excepción está prevista en el art. 143, que habilita la apertura a prueba no obstante haber hechos *admitidos* por efecto de la incontestación de la demanda. Se trata de una posibilidad de confirmación que invierte la carga probatoria para que el demandado pueda destruir la presunción legal generada en su contra.

Contra el auto que deniegue la apertura de la causa a prueba proceden los recursos de reposición (art. 344) y apelación en subsidio (arts. 346 y 347).

Los plazos ordinarios de prueba son:

- Cuarenta (40) días en el juicio ordinario (art. 402);
- Diez (10) días en el juicio sumario (art. 410);
- El establecido por las partes en la escritura de compromiso, en el juicio arbitral (art. 427);
- Hasta veinte (20) días en el juicio ejecutivo (art. 476);
- Los juicios sumarísimo y oral tienen régimen propio (arts. 413 y 545, respectivamente);
- Seis (6) días en exhortos provenientes de otra provincia (art. 101).

El plazo extraordinario de prueba es de sesenta (60) días cuando ella debe rendirse fuera de la provincia pero dentro de la república y de cien (100) días si debe serlo fuera de ésta.

Durante el término de prueba, los jueces no son recusables (art. 17) pero sí les cabe el deber de excusarse (art. 11).

La apertura a prueba se notifica por cédula (art. 62, 2°) y hasta los tres días posteriores resulta procedente la alegación de *hechos nuevos* (art. 136).

Los requisitos de la apertura a prueba en segunda instancia están regulados en el art. 369. La impugnación procedente, en el art. 370.

3.6.1.1. LA SUBETAPA DE *OFRECIMIENTO* DE LOS MEDIOS DE CONFIRMACIÓN

Abierta por el juez la etapa confirmatoria, la ley fija –o debe fijar– un determinado plazo para que cada parte ofrezca los medios de confirmación con los cuales cree que logrará oportunamente convencer al juzgador acerca de la razón que lo asiste y, así, ganar el pleito cuando él lo sentencie.

Los plazos de *ofrecimiento de prueba* son:

- Diez (10) días en juicio ordinario (art. 402);
- Tres (3) días en juicio sumario (art. 410);
- En forma conjunta con los escritos de demanda y contestación, en juicio sumarísimo (art. 413, 1°) y en el juicio oral (art. 545);
- El que fijen las partes en la escritura de compromiso, en el juicio arbitral (art. 427) o desde la aceptación de los árbitros hasta la sentencia (art. 429);
- Cinco (5) días en juicio ejecutivo (art. 476);
- Cinco (5) días en segunda instancia (art. 369 y 379).

Escapan a este régimen de ofrecimiento las pruebas de absolución de posiciones (art. 157) y de documentos (arts. 183 a 185).

Ese plazo debe ser necesariamente *común* y ha de correr a partir del día hábil siguiente al de la fecha en la cual ambos contendientes han consentido el decreto que ordenó la apertura.

El término de prueba es común (art. 145).

Los *plazos comunes* corren desde el día siguiente a la última notificación que se practique a las partes (art. 71).

Sin perjuicio de esto, la ley debe prever la posibilidad de efectuar ofrecimiento posterior, sólo cuando se invocan *hechos nuevos* después de la apertura de la etapa confirmatoria (arts. 136 y 369, 1°).

Excepcionalmente, además, puede aceptarse la posibilidad de ofrecer, admitir y producir algún medio de confirmación *antes* de estar trabada la litis (contestada la demanda) o, aún más, *antes de deducir la demanda*. Esto ocurre cuando la ley permite probar ciertos hechos como *medida cautelar previa a un juicio*. Esto es bueno y aceptable en un sistema en tanto no se vulnere el derecho defensa de la persona a quien eventualmente se opondrá el resultado de la prueba anticipada.

En el art. 146 se prevé la posibilidad de proponer *prueba anticipada* y "el juez accederá sin sustanciación a lo solicitado siempre que lo considere procedente". El auto denegatorio no es apelable (art. 156).

Las medidas de aseguramiento anticipado de pruebas se hallan reguladas en los arts. 272 y ss.

Por eso es que *siempre y en todo caso*, quien pueda resultar perjudicado por lo que se actúe en la producción de cualquier medio confirmatorio efectuada antes de la apertura de la correspondiente subetapa, debe ser citado adecuada y oportunamente para concurrir al acto respectivo y, así, poder controlar su desarrollo. Parece ocioso sostener, a esta altura de la obra, que si así no se hace se vulnera el derecho de defensa en juicio de alguna de las partes y se deja de lado abiertamente la garantía del debido proceso.

Respecto de las medidas de aseguramiento de pruebas, la "citación de la persona a quien haya de oponerse o del ministerio fiscal en caso de no ser posible el comparendo de aquélla con la urgencia del caso" está prevista en CPC, 273. V. asimismo, CPC, 274.

En las décadas de los años '40 y '50, totalitarismo procesal mediante, se intentó a todo trance reducir el lapso de duración de los procesos. Y para eso se reformó la ley estableciendo que todos los *medios de prueba* presentados en ciertos tipos procedimentales (juicio sumarísimo, art. 413, 1° y 3°; juicio oral, art. 549) debían ser ofrecidos junto con los escritos constitutivos del proceso (demanda y contestación –principal o incidental– y oposición y contestación de excepciones). Con impensable e imperdonable ingenuidad se creyó que con la eliminación de la subetapa de ofrecimiento se ganaba valioso tiempo para hacer avanzar rápidamente el desarrollo del proceso (en la realidad ocurrió todo lo contrario).

Acepte el lector que el tema relativo al *ofrecimiento de los medios confirmatorios en forma conjunta con la presentación de los escritos constitutivos del proceso* es, por lo menos, opinable, ya que luego de casi cincuenta años de practicarlo no se ha logrado ni remotamente los resultados esperados. De donde surge la conveniencia de repensar la ley para, por fin, tornarla sistémica, intentando con ello mejorar la eficacia de la Justicia a partir de la instauración de un proceso verdaderamente acusatorio en materia civil.

3.6.1.2. LA SUBETAPA DE *ACEPTACIÓN* DE LOS MEDIOS OFRECIDOS

Si se mira con atención el texto de las leyes procesales, se advertirá que esta subetapa no se encuentra habitualmente legislada, salvo mínima excepción producida por algún legislador que entendía del tema en tratamiento.

Parece claro que, en orden a resguardar la bilateralidad de la audiencia –efecto primario de la igualdad de instancias de que deben gozar constitucionalmente las partes de un proceso– cada uno de los litigantes debe conocer inicialmente los medios de confirmación de los cuales se valdrá su contradictor, para tener oportunidad de decir y de hacer lo que fuere respecto de ello.

Para cumplir tal bilateralidad, todo juez debe sustanciar los ofrecimientos de medios confirmatorios confiriendo traslados recíprocos a ambas partes en litigio, para que actúen en consecuencia a sus respectivos intereses. Cuando no se procede así, no sólo no se ahorran incidentes sino que se potencia la posibilidad de incoarlos. En efecto: si el juez admite liminarmente todos los medios ofrecidos y ordena la producción de ellos, no será posible incoar el trámite respectivo pues alguna de las partes no consentirá el decreto de proveimiento a fin de poder presentar las oposiciones respecto de las cuales estuvo imposibilitado antes.

3.6.1.3. LA SUBETAPA DE *ADMISIÓN JUDICIAL* DE LOS MEDIOS OFRECIDOS

Ofrecidos los medios confirmatorios y consentidos por ambas partes o resueltas por el juzgador las oposiciones deducidas, se abre esta subetapa, en la cual dicta resolución admitiéndolas y ordenando su producción. A este efecto, ordena citar a partes, testigos, peritos y terceros a las audiencias señaladas al efecto, libra los oficios y exhortos del caso, ordena la agregación de documentos, etc.

Finalmente cabe reparar en dos problemas que se presentan siempre en esta oportunidad y que las leyes denominan como *improcedencia* o *inadmisibilidad* e *impertinencia* o *inconducencia* de un medio confirmatorio.

Es medio confirmatorio *improcedente* o *inadmisible* (art. 145):

a) el que está prohibido por la ley;

b) el ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo; y

c) el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes o sin haber sido ordenado regularmente por el juez competente en el pleito o el que ha violentado el derecho a la intimidad de la parte interesada o afecta la libertad, la moral, de los litigantes o de terceros.

Es medio confirmatorio *impertinente* el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso (arts. 145).

Es medio confirmatorio *inconducente* el que refiere a hecho que no interesa para la solución del litigio.

Desde las antiguas leyes españolas se ha facultado al juez para declarar liminarmente la improcedencia pero no la impertinencia de un medio confirmatorio ofrecido por las partes. Y esto que, obvia y elementalmente es correcto, ha sido desconocido por casi todos los Códigos que han instrumentado el desarrollo de la producción de la prueba conforme con los postulados del ya tantas veces denostado sistema inquisitivo.

Reconozco que ha habido motivo para ello a partir del notable abuso que durante muchos años se hizo del ofrecimiento de prueba impertinente con la finalidad de dilatar hasta llegar a extremos insospechados la duración de un pleito.

Pero creo que si hubo mala fe y carencia de escrúpulos por parte de algún abogado, lo que correspondía era sancionarlo con todo el rigor que la ley permitiera en el caso. En cambio, lo que se hizo fue establecer el deber judicial de evaluar siempre la eventual pertinencia confirmatoria de un medio cualquiera y, con ello, hacer que *todo* juez investigue en *todo* expediente si *todo* medio de confirmación ofrecido es o no pertinente. Con los inconvenientes sistémicos que ello genera para el servicio.

> En el sistema procesal santafesino, el juez no puede pronunciarse sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada; sólo puede desechar la prueba notoriamente improcedente o prohibida por la ley (art. 145).
>
> Exigen examen de pertinencia el ofrecimiento de prueba no previsto (art. 147) y la alegación de un hecho nuevo (art. 369, 1°).
>
> La prueba testimonial prohibida por la ley (CC, 1192 y 1193) no puede ser declarada antes de la sentencia en el supuesto previsto en el art. 370.

3.6.1.4. LA SUBETAPA DE *PRODUCCIÓN* DE LOS MEDIOS ADMITIDOS

Admitidos los medios ofrecidos y ordenada su producción, resta ahora efectivizar cada uno de ellos. Para esto, se cita a las partes que absolverán posiciones, a los testigos que depondrán y a los peritos que dictaminarán; se libran oficios y exhortos pidiendo informes y se agregan los documentos que fueren menester; etc.

> En el art. 148, 1° párr. se dispone que "ninguna diligencia de prueba podrá realizarse sin estar consentido el decreto que la ordene, salvo los casos de urgencia previstos en los arts. 146 y 272".
>
> Para la producción de los distintos medios probatorios, v. *supra*, cada uno de ellos.
>
> El juez establece el modo de diligenciar un medio probatorio no previsto por la ley por la vía del procedimiento determinado para prueba análoga (art. 147).
>
> La prueba a realizarse fuera del lugar del juicio se rige por los arts. 152, 153 y cc.

Para todo ello hay plazos y, además, términos para las audiencias. Y es obvio que en un sistema acusatorio, incumbe a las partes urgir adecuadamente la producción de los medios ofertados.

> El término de prueba no se suspende por ninguna articulación o incidente, salvo acuerdo de partes o fuerza mayor (art. 149).
>
> El secretario debe formar piezas separadas de las pruebas de cada parte (art. 150).
>
> Si llegasen o se produjesen pruebas una vez clausurado el período probatorio pero antes del dictado de la sentencia, "serán tomadas en consideración" (art. 150, *in fine*). En el art. 413, 7°, se amplía la hipótesis para el caso de juicio sumarísimo ("cuando después de dictada la sentencia se produjere prueba pericial o de informes, ofrecida en tiempo, se agregará a los autos y se tendrá como prueba de segunda instancia, sin necesidad de nuevo ofrecimiento"). El sistema es diferente en juicio oral, en el que "incumbe a las partes urgir el trámite de *todas* las medidas de prueba, de manera tal que queden enteramente diligenciadas para el día de la audiencia" (art. 557).

Por eso es que, fracasada una diligencia confirmatoria, el oferente del me-

dio respectivo ha de solicitar la designación de nueva fecha para la realización de la audiencia que no se efectivizó.

La negligencia probatoria está regulada en CPC, 148, 2° párr.

3.7. LA ETAPA DE ALEGACIÓN ACERCA DE LOS MEDIOS CONFIRMATORIOS PRODUCIDOS

Siempre que se hayan producido medios confirmatorios en la etapa procesal denominada de *confirmación procesal* y una vez concluida ésta, corresponde ahora abrir nueva y siguiente etapa: la de *alegación* o *evaluación* de las partes respecto del valor de convicción que –para cada una de ellas– tienen todos los medios rendidos.

La voz *alegar* referida a la confirmación procesal, genera el sintagma *alegato de bien probado,* que es el escrito que hace el abogado después de producidos todos los medios confirmatorios, en el cual trata de convencer al juez de que su parte ha justificado completamente los hechos y el derecho que amparan su pretensión, al tiempo que el contrario no ha hecho lo propio con el suyo, insistiendo así en que el juez sentencie oportunamente a su favor. Por eso es que lo que corresponde hacer a todo letrado en esta ocasión es analizar con precisión y esmero cada uno de los resultados confirmatorios para relacionarlos prolijamente entre sí a fin de llevar de la mano al juzgador en el momento de tener que hacer él mismo su propia evaluación de los mismos medios. Además, debe contener un análisis de la problemática jurídica contenida en el debate procesal, que viene formándose desde el inicio mismo del proceso con el contraste de las pretensiones y de las confirmaciones obtenidas en el curso del proceso.

Los plazos para alegar dependen del tipo procedimental legislado.

Los plazos ordinarios para alegar son:

- Quince (15) días en juicio ordinario (art. 406);
- Cinco (5) días en juicio sumario (art. 411);
- En la audiencia de vista de causa, en juicio sumarísimo (art. 413) y en juicio oral (art. 560, 4°);
- El fijado por las partes en la escritura de compromiso o, en su defecto, el establecido para el tipo de proceso, en el juicio arbitral (art. 427);
- Tres (3) días en juicio ejecutivo (art. 477);
- Seis (6) días en el modo libre del recurso de apelación (art. 372) y tres días en el modo en relación (art. 380).

En el art. 154 se prevé una suerte de ampliación de alegato acerca de la prueba agregada con posterioridad a la presentación de éste. A tal efecto, el juez actuante debe fijar plazo conforme a la naturaleza del juicio y la cantidad de material probatorio a evaluar.

3.7.1. LA EVALUACIÓN POR LAS PARTES LITIGANTES ACERCA DE LOS MEDIOS PRODUCIDOS

Si bien se mira, el alegato es la pieza más importante que puede producir una parte en litigio. Sabido es que una buena demanda debe ser escueta aunque prolija en la enunciación de los hechos en los cuales se basa la pretensión deducida y correctamente implicados en la norma jurídica que el pretendiente desea que se aplique para obtener la solución que él busca en la sentencia. Una buena contestación de demanda, a su turno, debe contener sólo puras negaciones de los hechos afirmados por el actor o del derecho en el cual él los implica. El alegato, en cambio, tiene que contener todos los argumentos necesarios para que el juez se convenza de la razón de la parte mediante el análisis minucioso de quien lo redacta, haciéndole sencilla la lectura y el estudio de los autos, máxime si se trata de folios voluminosos. De la misma forma, debe contener las citas jurisprudenciales que muestran la bondad de la solución pretendida.

Cuando le toque al juzgador hacer su propia evaluación, tendrá que sujetarse a algún sistema previsto en la ley. Y ello nos lleva a explicar el próximo punto.

3.7.2. LA EVALUACIÓN POR EL JUEZ ACERCA DE LOS MEDIOS PRODUCIDOS *(QUÉ VALOR TIENE LA CONFIRMACIÓN)*

Ya he mencionado antes de ahora cuál es el valor que el juzgador debe dar a cada uno de los medios confirmatorios.

Sin embargo, toca hacer ahora el estudio integral y generalizado del tópico en cuestión a partir de su verdadera esencia: el problema es de *política procesal* y no de simple *técnica procedimental,* pues se vincula con la mayor o menor confianza que tiene en los jueces quien ejerce el verdadero poder en lugar y tiempo determinado.

Cuando esa confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular para que así y no de otra forma lo evalúe el juez en cada caso concreto; cuando la confianza es grande, la ley delega a los jueces la extrema facultad de apreciar como mejor les parezca cada uno de los medios aceptados y producidos.

De tal forma, lo recién apuntado genera dos sistemas de evaluación de medios de confirmación ya producidos:

a) el que se conoce con la denominación de *prueba tasada* o *legal* (establecida por el propio legislador y que los jueces no pueden ignorar);

b) el que se menciona como sistema de *prueba convictiva* (que puede analizar el juez según sus propios parámetros interpretativos, fallando luego a

base de lo que realmente lo haya convencido para emitir su decisión en determinado sentido).

Veamos ahora en qué consiste cada uno de los sistemas señalados.

3.7.2.1. EL SISTEMA DE LA TASACIÓN O DE PREORDENACIÓN POR LA LEY DEL VALOR DE CADA MEDIO PARTICULAR

En la historia procesal, este sistema de evaluación vino a civilizar las pruebas judiciales bárbaras (ordalías), como resultado de la influencia que los canonistas ejercieron en todo el sistema procesal vigente durante la Edad Media y, por supuesto, estuvo al servicio de la Inquisición, donde tuvo gran auge.

En lo que interesa a nuestras legislaciones en América, este sistema aparece normativamente en la *Ley de Partidas* y se repite en casi todos los ordenamientos posteriores.

Para la mejor comprensión del tema debo recordar que la Partida III otorgaba a ciertos medios confirmatorios un grado probatorio preordenado tal que el juez no podía desconocer.

Ejemplos de preordenación de cierto valor confirmatorio se encuentran en CC, 993 respecto del contenido de una escritura pública (ver, asimismo, CC, 994 y 995) y en el art. 166, en cuanto al valor probatorio definitivo de la confesión judicial.

Es indudable que un sistema de valor confirmatorio pleno y preordenado tiene enorme importancia para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico: cuando un vendedor entrega al comprador la cosa vendida y no ha percibido aún su precio, parece obvio –ante la posibilidad de que ello sea negado en el futuro– que desee poder mostrar eventualmente un documento fehaciente que tenga para un juez pleno crédito del hecho relativo a la compraventa.

De ahí que yo sea defensor acérrimo del sistema de tasación en todo lo que refiere a los instrumentos mencionados en el # 3.5.1.2.1. Pero al mismo tiempo, creo que no cabe hacer tasación alguna de los restantes medios de confirmación y, particularmente, de los relativos a declaraciones de testigos.

3.7.2.2. EL SISTEMA CONVICTIVO

El sistema contrario al anteriormente explicado es el que hace reposar la evaluación de los medios confirmatorios en la prudencia, el saber y la experiencia del juez para que, razonando los datos evaluados al momento de sentenciar, logre la *convicción* necesaria para aceptar o rechazar la existencia de un hecho afirmado por una de las partes.

De tal modo, nada le indica el legislador acerca del valor de eficiencia que debe dar a cada uno de los medios en particular. Al referir al tema, la doctrina apela a sus *máximas generales de experiencia.*

En la mayoría de los casos en los cuales un juzgador cumple la tarea de juzgar, en orden a las pretensiones y defensas esgrimidas tiene cuasi decidido el pleito inmediatamente después de contrastar demanda y contestación. Cuando le resulta menester el análisis de medios confirmatorios producidos en la causa, en tanto los razona mentalmente puede ir manteniendo o cambiando su posición originaria según el grado de convicción que cada medio le produzca, pues no siempre es sencillo adoptar una solución que sea decisiva en el pleito. Pero en algún momento ella se logra y es menester emitirla.

Cuando eso ocurre, y el juez se halla ante la inminencia de dictar sentencia

1) o nada explicará en ella acerca de las razones que tuvo en cuenta para tomar una decisión y no otra

2) o tendrá que explicarlas con la mayor prolijidad posible por mandato de la ley, para lograr con ello que quien pierda en definitiva el pleito acepte convencido la justicia de lo resuelto.

Y esto es lo que origina dos subsistemas que encuadran en el concepto de convicción: el primero, en el cual el juez nada explica, se conoce como *libre convicción* (o, también, de *íntimo convencimiento* o de *convicción moral)* y es el que emplean siempre los miembros de un jurado y los arbitradores en el juicio de arbitramento.

El segundo, en el cual se explica razonadamente el *iter* del pensamiento del juez en la tarea de tomar una decisión, se conoce con la denominación de *sana crítica* (o de *apreciación razonada*) y es el que emplean todos los jueces de derecho y los árbitros en los juicios arbitrales.

El sintagma *sana crítica* o, mejor aún, su equipolente *reglas de la sana crítica,* debutó como método de apreciación de testimonios en el art. 137 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española de 1855. Se trataba, simplemente de eliminar las operaciones aritméticas que debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basado en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad.

Con el tiempo, y tal vez por la notable imprecisión del significado de los conceptos empleados para formar el sintagma, los autores primero y las leyes después, extendieron estas *reglas* a la apreciación de todo medio confirmato-

rio[15], con lo cual puede llegar a instalarse la arbitrariedad judicial en el sistema. De donde resulta que, actualmente, el juzgador debe razonar toda su decisión, aun en la etapa que contenga pura valoración tasada por el legislador. De ahí que importante doctrina afirme que la *sana crítica* exige que el juzgador piense y describa su razonamiento de modo tal que permita al perdedor comprender las razones objetivas y subjetivas que influyeron en su ánimo al tomar la decisión que le es adversa y, además, posibilitar al superior igual conocimiento para que pueda saber lo mismo y, eventualmente, atender los agravios del impugnante. Se sigue de ello que la valoración conforme la sana crítica al día de hoy no es una técnica exclusiva sino que es la resultante de una combinación que reúne desde el valor anticipado de los medios de acreditamiento a la libre convicción en las declaraciones, para llegar a la ponderación final de todos los medios de eficiencia regularmente llevados al proceso.

15 No obstante, la mayoría de los cuerpos legales vigentes en el continente reservan su utilización apara la sola apreciación de la declaración de testigos: ver, por ejemplo, CPCN, 456 y CPC SFE, 224.

LECCIÓN 20

LA ACUMULACIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. Explicación previa
2. Continencia pretensional
2.1. Acumulación de procesos
2.1.1. Clases
2.1.1.1. En el campo de lo civil
2.1.1.1.1. Acumulación objetiva
2.1.1.1.1.1. Requisitos
2.1.1.1.1.1.1. Compatibilidad
2.1.1.1.1.1.2. Unidad de competencia
2.1.1.1.1.1.3. Identidad de trámite
2.1.1.1.1.2. Quién puede efectuarla
2.1.1.1.1.3. Oportunidad para acumular
2.1.1.1.2. Acumulación subjetiva
2.1.1.1.2.1. Hipótesis
2.1.1.1.2.1.1. Conexidad
2.1.1.1.2.1.2. Identidad
2.1.1.1.2.1.3. Incompatibilidad
2.1.1.1.2.1.4. Causal y mixta
2.1.1.1.2.1.5. Afinidad
2.1.1.1.2.2. Requisitos
2.1.1.1.2.3. Quién puede efectuarla
2.1.1.1.2.4. Oportunidad para acumular
2.1.1.1.3. Acumulación por atracción a un juicio universal
2.1.1.1.4. Acumulación impropia: la prejudicialidad
2.2. Separación procesal

1. EXPLICACIÓN PREVIA

Sin lugar a dudas, los temas comprendidos en esta Lección son los que muestran mayor dificultad de entendimiento en toda la extensión de la materia. Ello obedece a una defectuosa técnica normativa y a la carencia de estudios

doctrinarios integrales, lo que ha generado una suerte de divorcio inconciliable entre la ley y la realidad jurídica de nuestro tiempo.

Por mi parte, también he transitado los lugares comunes de toda exposición monográfica relativa al tema, a raíz de lo cual debo reconocer hoy que lo que he publicado al respecto fue un simple pecado de soberbia que ruego sea ignorado por el lector. Y esto porque, con los años, he llegado al convencimiento de mi error al advertir que todos los temas relativos a la *acumulación procesal* (acumulación propiamente dicha, inserción, sustitución, reconvención, litispendencia, cosa juzgada, litisconsorcio, intervención de terceros, etc.) ostentan siempre un punto en común: *la comparación de pretensiones procesales (contemporáneas o sucesivas)* del cual hay que partir en toda explicación que intente ser docente.

De allí que resulte ahora imprescindible releer la Lección 5 en su parte pertinente, cuya plena comprensión es necesaria para entender la explicación que sigue.

2. LA CONTINENCIA PRETENSIONAL

Habitualmente, el fenómeno del *litigio* se presenta con extrema simplicidad: *un procedimiento* judicial es el continente de *un proceso* originado en *una pretensión* demandada por *un sujeto* contra (otro) *un sujeto*.

Sin embargo, la experiencia jurídica enseña que a raíz de un *conflicto* acaecido en la realidad social pueden surgir *diversos litigios* que convierten en *complejo* al que hasta recién era un fenómeno simple.

Así, por ejemplo,

1) un sujeto puede pretender uno o varios objetos de varios sujetos o, a la inversa,

2) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de un mismo sujeto y, finalmente,

3) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de varios sujetos.

Pero también puede suceder que la necesidad de liquidar un patrimonio en su totalidad deba hacerse en ciertas condiciones similares para sus acreedores a fin de que todos puedan concurrir igualitariamente al reparto. Y esto aconseja que sea un mismo y único juez el que atienda todas las peticiones y litigios.

Suele ocurrir también que –a consecuencia de un mismo conflicto– los partícipes de él puedan cruzarse pretensiones de diferente naturaleza (civil y penal) que merecen ser resueltas con unidad lógica de criterio a fin de no generar un caos jurídico.

Otro tanto puede acaecer en lo penal a consecuencia de que un delito sea cometido por varios sujetos o de que un mismo sujeto cometa varios delitos.

De ahí que los códigos deban prever soluciones procedimentales a todos estos supuestos complejos de fenómenos de coexistencia entre diversos litigios.

Todo esto da lugar a ciertas *soluciones* o *resultados* procesales que se conocen legalmente con las denominaciones de *acumulación* (en lo civil y en lo penal), de *atracción* y de *prejudicialidad* (en rigor, un caso de *acumulación impropia*).

Cuadra agregar que existen otros supuestos que aconsejan no efectuar la *acumulación*, generándose así su resultado inverso: el de la *separación procesal*.

Finalmente, cabe reiterar que la doctrina es absolutamente dispar en la denominación de los fenómenos que aquí se describen, de donde resulta que el lector corre el riesgo de caer en grosera confusión al comparar los diversos textos autorales, toda vez que allí se emplean términos multívocos que se potencian en su equivocidad en razón de otorgarles cada autor un diferente sentido (por ejemplo, lo que para algunos es *conflicto*, para otros es *litigio* o *controversia* o *causa*, etc.). De ahí la importancia que asigno a la cuidadosa explicación del significado de cada palabra utilizada en esta obra.

2.1. LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS

En el campo de lo civil (en rigor, todo lo que sea *no penal*) puede ocurrir hipotéticamente que:

1) un mismo actor demande varios objetos del mismo demandado (art. 133);

2) el demandado demande al actor reconviniéndolo en el mismo procedimiento (art. 142, 5º);

3) un mismo actor demande por idéntica causa (entendiendo por tal la sumatoria del hecho causal y de la imputación jurídica efectuada a base de ese hecho) a varios demandados (art. 134), no interesando al efecto si el objeto pretendido es o no el mismo respecto de todos ellos. En esta situación, ya se ha visto que la solución final respecto de la *existencia o validez de la causa* debe ser *la misma* para todos los demandados, aunque resulte diferente en cuanto al objeto pretendido (se trata de un caso de *conexidad causal*, ver la Lección 5);

4) un mismo actor demande a varios demandados alegando que entre ellos existe una relación jurídica inescindible (igual hecho, igual imputación jurídica e igual objeto pretendido), por lo cual la solución final respecto de todos los demandados debe ser la misma no sólo en cuanto a la existencia o validez del

hecho causal sino también en cuanto a las conductas futuras que se pretende sean impuestas por el juez en la sentencia (se trata de un caso de conexidad mixta objetivo-causal que genera entre los diversos demandados una relación litisconsorcial necesaria, ver la Lección 5);

5) un mismo actor demande a varios demandados pretendiendo uno o varios objetos a base de un mismo hecho pero haciendo imputaciones jurídicas diferentes a todos ellos (por lo cual la solución final respecto de todos los demandados habrá de ser idéntica a la del supuesto explicado recién en 3) (caso de afinidad causal, ver la Lección 5).

En todos los casos precedentes, las normas procesales permiten configurar lo que la doctrina llama *proceso acumulativo* (en rigor, se trata de *procesos acumulados en un solo procedimiento*), entendiendo por tal a aquel procedimiento (o expediente) que sirve para la satisfacción de por lo menos dos pretensiones que han originado otro número igual de procesos.

Esta acumulación está simplemente *permitida* en algunos casos (quedando a voluntad de las partes el hacer o no la acumulación), en tanto que es absolutamente *imperativa* en otros (no interesa al efecto la voluntad de las partes).

2.1.1. LAS CLASES DE ACUMULACIÓN PROCESAL

La acumulación procesal puede presentarse tanto en el campo de lo *civil* como en el de lo *penal*, operando de diferentes maneras según sea uno u otro caso. A ambos me referiré seguidamente.

2.1.1.1. EN EL CAMPO DE LO CIVIL

La acumulación procesal puede ser clasificada desde una doble óptica:

1) por el *tipo* de acumulación que se efectúe, puede ser

- *objetiva* (lo que la ley llama *acumulación de acciones* en unos casos o *acumulación de pretensiones* en otros) (art. 133) y
- *subjetiva* (lo que algunas leyes llaman *acumulación de autos* o *acumulación de procesos* o *acumulación de partes procesales*); en rigor, todas constituyen *acumulación de procesos en un procedimiento único* (art. 340);

2) por la *oportunidad* en la cual se verifica la acumulación, que puede ser

- *originaria*, si se hace en la demanda, o
- *sucesiva*, si se efectúa con posterioridad a ella (arts. 135 y 136).

Esta última, a su turno, opera por

- *inserción* (alguien se introduce en un procedimiento o, para mejor comprensión, en *un expediente ajeno*, a fin de utilizarlo para tramitar en él un *proceso propio*) (arts. 301 y ss.) o por
- *reunión* (se reúnen o juntan dos procedimientos o expedientes diferentes para hacer uno solo de allí en más o para dictar una sola sentencia que contemple todas las pretensiones deducidas) (arts. 340 y ss.).

De acuerdo a todo lo explicado precedentemente, el caso 1) del punto 2.1 origina una *acumulación objetiva de pretensiones* por un mismo actor contra un mismo demandado; el caso 2) una *acumulación de pretensiones antagónicas* (por reconvención); los casos 3), 4) y 5), una *acumulación subjetiva de pretensiones*. Todo ello será explicado seguidamente.

2.1.1.1.1. LA ACUMULACIÓN OBJETIVA DE PRETENSIONES

La acumulación objetiva es la reunión, originaria o sucesiva, de distintas pretensiones que un sujeto tiene contemporáneamente frente a otro, realizada con la finalidad de que sean sustanciadas en un único procedimiento y decididas en la misma sentencia, para obtener con ello una mayor economía y celeridad procesales. En rigor, se trata siempre de una *acumulación de procesos en un mismo e idéntico procedimiento* (art. 133).

Su origen se encuentra en la conexidad exclusivamente *subjetiva* de las distintas pretensiones, que muestran siempre a la misma persona del actor frente a la misma persona del demandado pretendiendo simultáneamente más de un objeto.

Lo que interesa destacar aquí es que ambas partes se encuentran *siempre* en la misma posición de actor o demandado en los distintos litigios (lo que no ocurre en el caso de la reconvención). Descarto aquí, por tanto, la existencia de conexidad causal u objetiva.

El fundamento de esta posibilidad de acumular por conexidad subjetiva (advierta el lector ahora que la *conexidad subjetiva* origina siempre una *acumulación objetiva*, pues luego se verá que ocurre a la inversa en el caso de la *conexidad objetiva, donde la acumulación es subjetiva*) se encuentra sólo en la conveniencia de hacer prevalecer las reglas procesales de *economía* y *celeridad*, que enseñan la conveniencia de obtener el mayor resultado con el mínimo de esfuerzo.

De ahí que si Pedro pretende de Diego la restitución de dinero dado en mutuo y al mismo tiempo la de la cosa entregada en comodato, puede incoar

un procedimiento distinto a base de cada una de sus pretensiones o bien juntarlas –a su voluntad– en un procedimiento único si se dan varias condiciones que luego se verán.

Parece razonable imaginar que nadie podrá negar la conveniencia –tanto para Pedro como para Diego– de tramitar en forma conjunta ambas pretensiones, ya que ello requerirá *una* demanda, y *no dos*, *una* contestación, y *no dos*, *un* ofrecimiento de prueba, y *no dos*, etc.

Distinto es el caso cuando en un procedimiento aparecen más de dos sujetos, lo que se verá más abajo.

2.1.1.1.1.1. LOS REQUISITOS PARA HACER LA ACUMULACIÓN OBJETIVA

La acumulación objetiva exige tres requisitos: la *compatibilidad de las distintas pretensiones* esgrimidas por el actor contra el demandado, la *unidad de la competencia judicial* que legalmente corresponde para conocer de todas las pretensiones deducidas y la *identidad de los trámites* previstos por la ley para procesar todas ellas.

2.1.1.1.1.1.1. LA COMPATIBILIDAD DE LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS

El primer requisito de admisibilidad de la acumulación objetiva exige que las pretensiones no sean contrarias o incompatibles entre sí de modo *que una no excluya a la otra*, como ocurriría, v.gr., si el actor demandare al mismo tiempo el *cumplimiento* y la *resolución* de un mismo contrato (art. 133).

Surge de ello que la incompatibilidad se presenta sólo si ambas pretensiones se deducen *contemporáneamente* y con carácter *principal*, pero nada impide que se incoe, una respecto de la otra:

a) *eventualmente*:

La segunda pretensión se presenta para que el juez la considere y falle sólo en caso de ser desestimada la primera (v.gr.: las pretensiones de simulación y fraude, las de cumplimiento y resolución de contrato y viceversa, las de cumplimiento por imprevisión contractual y nulidad por lesión, etc.);

b) *sucesivamente*:

La segunda pretensión se presenta condicionada a que sea estimada la primera, a lo cual cierta doctrina denomina *eventualidad impropia* (v.gr.: las pretensiones de percepción de capital e intereses compensatorios de ese mismo capital; de desalojo y de daños y perjuicios por la ocupación indebida del inmueble a

desahuciar; la de fijación de plazo y la de condena al pago dentro de él; la de rescisión de contrato de compraventa y la de daños y perjuicios por su incumplimiento, etc.).

A estos supuestos, la doctrina agrega el caso de que sean incoadas:

c) *alternativamente*:

La segunda pretensión se presenta también en forma principal a fin de que sea estimada ella *o* la primera, indistintamente (v.gr.: las pretensiones *quanti minoris* y redhibitoria). El CPC Perú, 47 alude expresamente a este tipo de acumulación.

A mi juicio el caso se subsume en la prohibición que surge del requisito en estudio, en tanto las distintas pretensiones, aunque alternativas, sean excluyentes.

2.1.1.1.1.1.2. LA UNIDAD DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE TODAS LAS PRETENSIONES

El segundo requisito de admisibilidad de la acumulación objetiva exige que las diferentes pretensiones que han de tramitar en forma conjunta pertenezcan a la *misma competencia judicial* (art. 133, donde la norma se expresa como *mismo fuero*).

El fundamento de ello es obvio: si se intenta la acumulación de diversas pretensiones en un mismo procedimiento que ha de sustanciar un único juez, éste debe ser competente para conocer de todas ellas.

2.1.1.1.1.1.3. LA IDENTIDAD DEL TRÁMITE DE TODAS LAS PRETENSIONES

El tercer requisito –acumulativo con los anteriores– para la admisibilidad de la acumulación objetiva es obvio a poco que se repare en que el buen orden judicial y la lógica procedimental imponen que, tratándose de pretensiones a acumular, sea factible brindar a ellas igual trámite en sus respectivas sustanciaciones, ya que lo contrario sería caótico o imposible (art. 133).

2.1.1.1.1.2. QUIÉN PUEDE EFECTUAR LA ACUMULACIÓN OBJETIVA

Como es obvio, surge a primera vista que este tipo de acumulación puede ser efectuada *sólo por el actor* (norma expresa del art. 133), a quien le corresponde ejercer la respectiva facultad en la oportunidad que señalaré en el punto siguiente.

Ejercida la facultad de acumular, nada puede hacer ya el demandado al respecto y debe continuar el trámite de todos los procesos dentro de un mismo procedimiento.

Sin embargo, no existe óbice legal ni lógico alguno para que el propio demandado pueda instar –claro que en diferente oportunidad– la acumulación cuando el actor no ha procedido a acumular las distintas pretensiones en su demanda.

Supóngase que, en el ejemplo ya visto precedentemente, Pedro demande a Diego la restitución del dinero dado en mutuo y que, contemporáneamente pero en otro procedimiento (expediente), el mismo Pedro demande al mismo Diego la devolución de una cosa entregada en comodato.

Parece razonable argumentar acá que así como la ley puede privilegiar la comodidad del actor permitiéndole efectuar la acumulación de sus pretensiones –y, al mismo tiempo, evita que el contrario se oponga a ello– no puede negarse al demandado la posibilidad de hacer lo mismo en el caso inverso: si el actor no acumuló y, por ello, le genera la carga de soportar dos litigios, resulta prudente otorgarle el ejercicio de un derecho similar en orden al mantenimiento de la igualdad procesal.

No obstante ello, una interpretación sistemática del instituto muestra que nada obsta a que la acumulación sucesiva de pretensiones incoadas por separado se haga a pedido de *cualquiera* de las partes toda vez que las razones de economía y celeridad que se invocan al efecto juegan tanto para el actor como para el demandado; y esta tesitura, por cierto, no afecta la igualdad procesal de las partes.

2.1.1.1.1.3. LA OPORTUNIDAD PARA EFECTUAR LA ACUMULACIÓN OBJETIVA

El art. 133 establece que puede hacerse *antes de que se conteste la demanda*, cuando en puro razonamiento lógico corresponde que diga *antes de que se notifique* el traslado respectivo.

Caso de aceptarse la tesis de que ella también puede ser instada por el demandado, éste habrá de pedirla –obviamente– en la propia contestación de la demanda.

2.1.1.1.2. LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES

La *acumulación subjetiva* es la reunión, originaria o sucesiva, de distintas pretensiones que un sujeto tiene contemporáneamente contra varios o que varios tienen contra uno o que varios tienen contra varios, por presentarse entre tales pretensiones una vinculación por conexidad objetiva, por conexidad causal, por conexidad mixta objetivo-causal o por afinidad. En rigor de verdad, la denominación correcta de este supuesto debería ser la de *acumulación de procesos seguidos por o contra varios sujetos en un mismo procedimiento.*

De tal modo, lo que caracteriza a este tipo de acumulación es que, por lo menos en una de las posiciones antagónicas que ocupan las partes procesales (bando actor o bando demandado), existe *más de un sujeto* (caso de *partes múltiples, plurales* o *complejas*).

Esta circunstancia ha originado un claro error conceptual que aparece inexplicablemente tanto en la doctrina autoral como en el propio texto de los códigos y, por ende, en toda la jurisprudencia que se ocupa del tema.

Para la mejor comprensión del punto en cuestión, doy un ejemplo que tomo de la ley vigente: el CPCN, 88, bajo la errónea denominación de *litisconsorcio facultativo* dispone que "podrán varias partes demandar o ser demandadas en un mismo proceso (léase procedimiento o expediente) cuando las acciones (léase pretensiones) sean conexas por el título, o por el objeto, o por ambos elementos a la vez".

Es fácil advertir que la norma citada peca por clara deficiencia técnica que es menester destacar a fin de evitar grave confusión interpretativa en el lector, pues la ley efectúa una indebida extensión del vocablo *litisconsorcio* al mezclar bajo un mismo rótulo supuestos que nada tienen que ver entre sí.

Y es que la idea que refiere a un *proceso con multiplicidad de partes* no es equipolente con la idea de *litisconsorcio.* Antes bien, ambas se hallan en relación de *género a especie:* si bien todo litisconsorcio entraña un proceso con multiplicidad de partes por lo menos en una de las posiciones actora y demandada, no ocurre lo mismo a la inversa. El tema ya fue desarrollado en el Lección 12 y a su lectura remito nuevamente.

Aclarado lo expuesto –y sin perjuicio de criticar luego y nuevamente la denominación de la norma comentada– cabe afirmar aquí que de los tres supuestos que ella contiene (conexidad por el título o causal, conexidad objetiva y conexidad mixta objetivo-causal), a los cuales cabe añadir el de *afinidad,* sólo interesa por ahora el referente a la *conexidad objetiva.*

Se verá luego que la conexidad objetiva entre distintas pretensiones se da cuando ellas exhiben *identidad* o *incompatibilidad* respecto del objeto pretendido.

Y resulta claro que ambos supuestos son diferentes y, por ende, presentan distintas soluciones procesales, aunque los dos muestran siempre un número plural de sujetos en una de las posiciones ya citadas. Volveré inmediatamente sobre el tema en el # 2.1.1.1.2.1.1.1.

2.1.1.1.2.1. LAS HIPÓTESIS DE ACUMULACIÓN SUBJETIVA

Dos son las hipótesis de *acumulación subjetiva*: la de *conexidad* (en las distintas variantes que luego estableceré) y la de *afinidad.*

2.1.1.1.2.1.1. LA HIPÓTESIS DE CONEXIDAD

Cuatro son los casos que aparecen a partir de la hipótesis de *conexidad* de las distintas pretensiones susceptibles de acumular: el de la *identidad del objeto,* el de la *incompatibilidad de las pretensiones sobre un mismo objeto,* el de la *conexidad causal* y el de la *conexidad mixta objetivo-causal.*

2.1.1.1.2.1.1.1. EL CASO DE LA IDENTIDAD DE PRETENSIONES SOBRE UN MISMO OBJETO

Para la mejor comprensión del caso, reitero ahora ejemplo que ya brindé antes: si Pedro –propietario de un fundo– pretende desalojar de él a Diego, porque es un locatario que no paga su alquiler y, al mismo tiempo, a Juan, porque es un usurpador que lo ocupa parcialmente, se ve claramente que el único elemento en común que tienen las pretensiones comparadas es el *objeto pretendido* –el mismo inmueble, ocupado por personas que nada tienen que ver entre ellas– siendo diferentes en ambos supuestos los sujetos (Pedro y Diego, por un lado y Pedro y Juan, por el otro) y las causas (falta de pago del arriendo y usurpación).

Cuando esto ocurre, el bando plural sólo se puede formar en la posición *demandada* ya que si varios actores se unen para lograr un objeto común lo harán siempre por estar *colegitimados causalmente* para hacerlo (es absolutamente imposible de imaginar caso diferente al presentado), lográndose con ello una relación litisconsorcial (que no es el caso en tratamiento).

Si se vuelve al ejemplo recién mencionado, se recordará que el derecho que la ley acuerda al actor para acumular pretensiones conexas por el objeto contra varios demandados tiene como único fundamento el lograr mayor economía procesal y celeridad en los trámites.

De tal modo, la decisión inicial del actor de acumular sólo compete a su propio interés: puede hacerlo o no, según convenga a su estrategia en el litigio.

En otras palabras e insistentemente: cuando la conexión es por *identidad del objeto,* el actor puede demandar por separado o reunir a todos los demandados en un solo procedimiento, decidiendo voluntariamente por una u otra solución.

A partir de esta premisa, resulta meridianamente claro que las distintas partes que componen la posición procesal de demandada actúan con toda *independencia* y que, por ende, pueden mostrar (y generalmente lo hacen) una falta de coordinación de sus intereses.

Esta idea lógica no ha sido comprendida por muchos legisladores, que plasman en los códigos soluciones caprichosas que afectan el derecho de defensa

de los así demandados (ver, por ejemplo, el texto del art. 88 del CPCN, donde se afirma absurdamente que entre tales partes procesales integrantes de una misma posición existe una *relación litisconsorcial* (facultativa).

Y de tal modo, a partir de este error conceptual que no ha sido advertido por la doctrina, sujeta a *partes claramente independientes* (reitero que en nuestro caso nada tienen que ver entre sí el locatario moroso y el usurpador, salvo la voluntad del actor de reunirlos en una sola demanda para respetar su propia comodidad) a las reglas que sólo pueden ser aplicadas *a partes coordinadas* (que requieren igual decisión respecto de la existencia o validez de la causa obligacional).

Véase cómo se vulnera el derecho de defensa de las partes: en el mismo código recién citado, por ejemplo, el segundo párrafo del art. 15 limita la posibilidad de recusar sin expresión de causa a uno solo de los actores o de los demandados cuando son varios; cosa parecida se dispone en el art. 235 dispone que "la perención de la instancia es *indivisible,* cualquiera sea la naturaleza de la obligación".

Insisto en la incongruencia de tales normas con el sistema procesal vigente y en cómo agravan la defensa de los derechos de la parte demandada.

En efecto: este tipo de acumulación sólo puede ser hecha por voluntad del o de los actores; si varios de ellos deciden juntar sus pretensiones, es razonable admitir que deban ajustarse a las limitaciones que establece, por ejemplo, el ya citado art. 15. Pero no resulta lógicamente aceptable que, por la simple voluntad de ellos, sólo uno de varios demandados pueda ejercer la facultad de recusar –toda vez que en caso de presentarse demandas por separado podrían todos hacer pleno uso del aludido derecho– y que lo pierdan por simples razones de economía y celeridad que benefician exclusivamente al o a los actores.

Idénticas consideraciones cabe realizar respecto de la indivisibilidad de la caducidad de la instancia en la segunda de las citas ejemplificativas.

Afortunadamente, la mala redacción de CPCN, 312 –al cual recurro siempre que deseo mostrar una pésima legislación– interpretado conforme a los principios sustentados en esta obra, permite soslayar este problema en tanto establece que "el impulso del procedimiento por parte de uno de los litisconsortes, beneficiará a los restantes", de donde resultará aplicable sólo al caso de litisconsorcio y no al de acumulación subjetiva de pretensiones por identidad del objeto pretendido.

Insistiendo recurrentemente en el fenómeno: ya que las cosas son lo que son no obstante cómo se las llame, la circunstancia de que el art. 88 ya citado denomine *litisconsorcio facultativo* a un supuesto que sólo muestra un caso de simple acumulación subjetiva (el género) sin relación litisconsorcial (la especie), no cabe aplicar a aquél las reglas propias de ésta.

Por tanto: quienes se hallan actuando en una posición procesal integrada por partes plurales lo hacen con *total y absoluta independencia,* no pudiendo jamás afectar a una de ellas lo que hace la otra.

2.1.1.1.2.1.1.2. EL CASO DE LA CONEXIDAD POR INCOMPATIBILIDAD DE LAS PRETENSIONES SOBRE UN MISMO OBJETO

Comienzo nuevamente con un ejemplo: si Pedro reclama a Diego la restitución de la finca que le usurpara y, al mismo tiempo, Juan reclama al mismo Diego la misma finca, que le compró y de la cual no obtuvo la tradición, se ve también claramente que, además de la persona de Diego, el *único* elemento común que tienen las pretensiones comparadas es el *objeto* pretendido, que quieren *excluyentemente* para sí *distintos* sujetos a base de *distintas* causas (Pedro, por un lado y Juan, por el otro).

Cuando esto ocurre, el fenómeno que acaece en el plano procesal cambia radicalmente: ya no hay varios sujetos en la posición de la parte demandada sino *tres sujetos opuestos entre sí.*

A este caso se llega por tres vías:

1) la *inserción procesal,* mediante la figura de la *intervención excluyente de tercero* (ver la Lección 15) (arts. 301 y 307) o, en su defecto, por

2) la *acumulación necesaria sucesiva* de dos procesos en un procedimiento (casos del mal llamado litisconsorcio en el art. 88 CPCN ya varias veces citado, no obstante tratarse de una relación jurídica escindible), y por

3) la *citación provocada para lograr la demanda de un tercero* (este tipo de citación procede cuando una de las partes originarias teme la demanda eventual de un tercero que afirma la titularidad del derecho litigioso, a fin de que lo haga valer en el mismo procedimiento).

Respecto del primer supuesto (en rigor, lo mismo resulta para los demás), ya se ha visto en el Lección 15 que la doctrina generalizada afirma que –ante la inserción del tercero– las partes originarias *se colocan automáticamente en relación litisconsorcial.*

Por mi parte, y no obstante haber sostenido tal tesis antes de ahora, creo hoy que no es exacta. Por lo pronto, para que exista relación litisconsorcial, es imprescindible que se presente una *conexidad del hecho causal* entre las diversas pretensiones, cosa que obviamente no ocurre en el caso tratado, que muestra sólo una conexidad por incompatibilidad de las pretensiones sobre el mismo objeto.

Además, por simple razonamiento lógico, la relación litisconsorcial supone una *coordinación de intereses* entre los litisconsortes, cosa que tampoco se presenta aquí ya que las partes originarias actúan con *intereses contrapuestos antes, durante* y, eventualmente, *después* de la intervención: son siempre partes *contrarias.*

Por tal razón, cada uno de ellas actúa en forma por completo *independiente* de las otras, y la sentencia única a dictar por razones de economía y celeridad respecto de las tres relaciones debe mencionar expresamente, absolviendo o condenando, a las tres partes encontradas.

2.1.1.1.2.1.1.3. LOS CASOS DE CONEXIDAD CAUSAL Y DE CONEXIDAD MIXTA OBJETIVO-CAUSAL

Todos los supuestos enunciados en el título constituyen procesos con partes plurales que generan una relación litisconsorcial entre quienes se hallan componiendo una misma posición (actora o demandada) en el proceso.

De aquí que las soluciones procesales a dar en cada uno de tales supuestos deben ser diferentes a las ya vistas respecto de los casos de conexidad objetiva.

Por lo pronto, ya adelanté un juego de palabras para mostrar al lector una suerte de regla mnemotécnica que lo ayude a comprender el tema: si la *conexidad subjetiva* (mismos sujetos) origina una *acumulación objetiva* (de lo cual resulta que se acumulan objetos), la *conexidad objetiva* (en la simple o mixta, al igual que en la afinidad: el hecho causal es siempre el mismo) origina una *acumulación subjetiva* (de lo cual resulta que se acumulan sujetos)

Ya expliqué en la Lección 12 que el *género litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo tal entre los distintos sujetos que actúan en una misma posición procesal (por cotitularidad de una relación jurídica *escindible* o por afinidad) que requiere que el juez actuante respete y asegure una comunidad de suerte entre todas las copartes que integran el mismo bando (a raíz de ello, la decisión que recaiga acerca de la existencia o de la validez del hecho causal será la misma para todos los litisconsortes).

Aunque la escindibilidad de la relación posibilita que el actor demande a uno de los cotitulares de la obligación y no al otro, por ejemplo (piense el lector en dos codeudores solidarios, entre los cuales el actor elige al más solvente), si llega el momento de demandar al otro no podrá hacerlo en forma independiente del primero.

Por lo contrario, habrá de acumular la segunda pretensión a la primera ya deducida para lograr así la *identidad o uniformidad de la decisión judicial* acerca del hecho causal de la obligación y evitar con ello el caos jurídico de soluciones contradictorias acerca del mismo hecho. Y si así no lo hace, tendrá que ordenarlo el juez, por las mismas razones recién apuntadas.

Si esto ocurre en los supuestos de *conexidad causal* y de *afinidad*, con mayor rigor tendrá que ocurrir lo propio en los casos de *conexidad mixta objetivo-causal*, ya que ella genera siempre una *relación litisconsorcial necesaria*, en la que la decisión judicial debe ser siempre idéntica para todos los litisconsortes no sólo respecto del *hecho causal* sino también acerca de las conductas que el juez impone para que sea cumplida por ellos.

2.1.1.1.2.1.2. LA HIPÓTESIS DE AFINIDAD

Remito aquí al lector a la lectura del punto precedente, plenamente aplicable al caso de afinidad procesal.

2.1.1.1.2.2. LOS REQUISITOS PARA EFECTUAR LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA

Ya adelanté en el número anterior –y lo itero ahora para todos los ejemplos posibles de imaginar respecto de estos casos– que las distintas pretensiones, conexas o afines, *deben tramitar necesariamente en forma conjunta* o, al menos, obtener una *sentencia única* a fin de evitar el eventual caos jurídico (art. 340).

De allí que en todos los supuestos mencionados no quepa ya hablar de economía o de celeridad procesales (fundamentos de la acumulación objetiva), sino de la *certeza* y de la *seguridad jurídicas*. Cabe derivar de ello que ya no interesa tanto que sea o no *conveniente* –y, por tanto, voluntaria para las partes la tramitación conjunta– sino que, surja o no ello en forma expresa de la ley, *la acumulación es absolutamente necesaria* (y por tanto debe operar aun en contra de la voluntad de las partes) para erradicar de cuajo toda posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

Algunos códigos refieren a este tema al legislar acerca de la *acumulación de autos* (o de *expedientes*), imponiendo la acumulación "...siempre que la sentencia que haya de dictarse en un pleito deba producir efecto de cosa juzgada en el otro o que, en virtud de idéntica causa jurídica, una misma personas sea demandada separadamente por varias o ella demande a varias" (art. 340, 2°).

Como se ve, el idioma legal consagra la idea ya explicada en el curso de esta obra.

2.1.1.1.2.3. QUIÉN PUEDE EFECTUAR LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA

La acumulación subjetiva de procesos puede solicitarla cualquiera de las partes y en todo momento anterior a la sentencia, habida cuenta de las razones que fundamentan la necesidad de acumular (certeza y seguridad jurídicas).

Tan exacta y drástica resulta esta afirmación que si las partes obvian efectuar la acumulación, ésta debe ser ordenada oficiosamente por el juez en cualquier momento, a fin de evitar siempre la posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

La elemental lógica de tal afirmación no ha sido siempre respetada por el legislador quien, confundiendo nuevamente los institutos, exige que para efectuar una acumulación sucesiva de procesos en un mismo procedimiento se presente la concurrencia de tres requisitos:

1) que los expedientes respectivos se encuentren en la misma instancia (entendida la palabra como *grado de conocimiento judicial*) (art. 340, 1°),

2) que pertenezcan a la misma jurisdicción (en rigor, a la misma competencia material, cuantitativa y territorial) (art. 340, 2°) y

3) que deban sustanciarse por el mismo trámite (art. 340, 3°).

Para colmo de perplejidad, estos requisitos suelen acumularse al que ya he señalado recién: que una sentencia que se dicte respecto de una de las pretensiones deba producir efecto de cosa juzgada en la otra o que, en virtud de idéntica causa jurídica, una persona sea demandada separadamente por varias o que ella demande a varias.

Por cierto que esto no es ni debe ser así. Un ejemplo ayudará a comprender la crítica.

Supóngase que la competencia material para conocer de juicios de desalojo corresponda con exclusividad a un tribunal y que la competencia material o cuantitativa para pretender percibir el importe de arriendos adeudados esté atribuida a otro tribunal, distinto del anterior. Supóngase también que se inició un juicio de desalojo por falta de pagos de arriendos al cual no compareció el demandado y que, por virtud de ello, se dictó sentencia de desahucio que apeló el perdidoso. A raíz de ello, se elevó el expediente al tribunal de grado superior. Como se colige de lo expuesto, el expediente se halla en el segundo grado de conocimiento de una determinada competencia judicial y tramita por la vía especial del juicio de desalojo.

Imagine ahora el lector que, dadas las circunstancias fácticas recién relatadas, el locatario en trance de desahucio pretende pagar por consignación los arriendos adeudados al locador y que sirvieron precisamente de fundamento a la demanda de desalojo por falta de pago, para lo cual incoa su demanda por la vía del juicio ordinario en el primer grado de conocimiento de otra competencia material o cuantitativa. Se deriva de lo expuesto que el expediente de marras se halla ahora en el primer grado de conocimiento de una competencia distinta de la anterior y que cuenta con un trámite procedimental diferente.

Nadie podrá dudar de que ambos expedientes deban ser acumulados toda vez que si se otorga calidad de pago a la consignación efectuada por el locatario no podrá éste ser desalojado por falta de pago de esos mismos alquileres. De no entenderse así el supuesto, se generará sin dudas un verdadero caos jurídico.

De tal modo, los requisitos que la doctrina y cierta jurisprudencia presentan como *acumulativos* no ostentan tal carácter. Antes bien, juegan independientemente y siempre para supuestos diversos.

Los relativos a la *identidad de instancia*, de *jurisdicción* y de *trámite* (art. 340, 1°), juegan sólo para los supuestos de acumulación sucesiva por conexidad subjetiva. Los demás, para todo caso de acumulación subjetiva (art. 340, 2°).

Esto no ha sido adecuadamente tratado por la doctrina. Antes bien, ella ha llegado a un claro desajuste procesal por influencia de los autores bien intencionados que –abrumados por la entronización de la chicana procedimental y del inútil alongamiento de todos los pleitos– quieren simplificar los trámites con olvido del derecho de defensa de las partes y de la necesidad de mantener la paz social con sentencias que no atenten contra la certeza o la seguridad jurídicas.

2.1.1.1.2.4. LA OPORTUNIDAD PARA EFECTUAR LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA

Conforme a lo explicado precedentemente, la acumulación por conexidad en razón de la identidad del objeto sólo puede hacerse *inicialmente*. La acumulación por conexidad en razón de la incompatibilidad de las distintas pretensiones acerca de un mismo objeto, sólo *sucesivamente*.

En todos los demás casos de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal y de afinidad, la acumulación debe ser hecha inicialmente. Si así no se hace y aparece luego el supuesto de acumulación, tendrá que hacerse sí o sí en forma sucesiva.

2.1.1.1.3. LA ACUMULACIÓN POR ATRACCIÓN

Existen situaciones en la realidad social que no generan propiamente un litigio (y, por ende, un proceso), sino un *mero procedimiento* utilizado judicialmente para:

1) asegurar el adecuado reparto de los bienes que componen un acervo hereditario (caso de la *sucesión* por causa de muerte, ya sea testamentaria o *ab intestato*) y

2) para asegurar el reparto igualitario entre todos los acreedores de un patrimonio que no es suficiente para cubrir la totalidad de las acreencias (casos

del *concurso civil* y de la *quiebra mercantil*, que en algunas legislaciones unifican su designación bajo el nombre genérico de *concursos*).

Estos casos son denominados legal y doctrinalmente como *juicios universales* pues en ellos se pone en juego el total de los bienes que componen la *universalidad* del respectivo patrimonio. Con similar criterio lógico-jurídico, alguna doctrina o ciertos regímenes legales –vigentes o del pasado– han otorgado también carácter de juicios universales al *deslinde*, a la *disolución de comunidades* (art. 537 y ss.) y a las *declaraciones de simple ausencia* o *con presunción de fallecimiento* (art. 692).

Aunque la doctrina no ha reparado adecuadamente en el tema, cabe aclarar ahora que la iniciación de todo juicio universal se hace sólo con una *petición* y no con una *acción procesal*, de donde resulta que –por ausencia de *litigio*, esencial en la acción– el procedimiento que se genera no constituye técnicamente un *proceso* (aunque las leyes en general empleen mal el vocablo, asignándole el significado de *expediente* o de *procedimiento*).

Consecuencia de ello es que el juez actuante no es de verdad *un juez* –considerado como tercero imparcial frente a partes antagónicas, pues no existen como tales en el caso– sino un *administrador* del respectivo patrimonio, que actuará como tal repartiéndolo adecuadamente entre todos los herederos en la sucesión o lo distribuirá igualitaria y proporcionalmente entre todos los acreedores en el caso del concurso y de la quiebra (con lo cual se evita que un acreedor singular ejecute en su exclusivo provecho los bienes del deudor, disminuyéndolo en su caudal único frente al resto de los acreedores).

El principal efecto jurídico de todo juicio universal consiste en lo que legalmente se denomina *fuero de atracción*, que significa que las pretensiones –que luego detallaré– entabladas tanto contra la persona como contra el patrimonio del causante de la sucesión, o contra la persona o el patrimonio del concursado o del quebrado (en algunas legislaciones se contemplan también otros casos que luego mencionaré) deben ser presentadas *necesariamente ante el juez que conoce del juicio universal*.

Resulta así que, tal como ya se vio en la Lección 7, el fuero de atracción es una *excepción a las reglas de la competencia* relativas a todas las mencionadas pretensiones que, originando verdaderos litigios, habrán de ser tramitadas en forma *independiente* pero acumuladas materialmente al juicio universal y sin adecuarse al procedimiento propio de éste.

Los casos respecto de los cuales procede la aplicación del *fuero de atracción* son similares en casi todos los países. A título de ejemplo, detallo someramente la lista de ellos:

1) en el *procedimiento sucesorio*, se atraen:

a) las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos (CC, 3284, 1°);

b) las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes y las que tienden a la reforma o nulidad de la partición (CC, 3284, 2°);

c) las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados (CC, 3284, 3°);

d) las pretensiones *personales* (no de carácter *real*) de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia (advierta el lector que esta atracción juega sólo *pasivamente*: siempre que el causante sea *demandado*, no cuando la masa hereditaria es *actora*) (CC, 3284, 4°);

2) en el *procedimiento de quiebra* (y de *concurso civil*) se atraen todas las pretensiones iniciadas contra el fallido o concursado por las cuales se reclamen derechos patrimoniales (en la Argentina, salvo los juicios de expropiación y los fundados en relaciones de familia). Siempre que esto ocurre, el trámite de los juicios atraídos se suspende hasta tanto quede firme la sentencia de quiebra. Mientras, se prosiguen con el síndico y no pueden realizarse actos de ejecución forzada (v., no obstante, la regulación actual de LCQ, 132 y 21).

2.1.1.1.4. LA ACUMULACIÓN IMPROPIA: LA PREJUDICIALIDAD

Aunque ya me he referido al tema en la Lección 18, aquí abordo la *prejudicialidad* desde la óptica de la *acumulación procesal*, pues es el lugar en el cual corresponde analizarlo con detenimiento.

Debo remarcar ahora que el fenómeno de la *continencia procesal* indica que los diferentes aspectos de una misma pretensión o, más aún, de diversas pretensiones que nacen todas de un mismo conflicto o que están vinculadas a una misma relación jurídica, hacen imprescindible un *tratamiento lógico-jurídico unitario* por parte del Poder Judicial a fin de no emitir eventuales soluciones contradictorias o antagónicas acerca de un mismo e idéntico problema en sus distintas variantes o facetas (ya se ha visto varias veces que esto es un disvalor que conduce a la segregación social).

Para comprender mejor esta frase, imagine el lector que la policía imputa a Pedro la comisión de un delito supuestamente perpetrado contra Juan, a raíz del cual aquél es enjuiciado penalmente. Al mismo tiempo, y por ese mismo delito, la víctima Juan pretende que Pedro le indemnice el daño sufrido. Si se sabe que la reparación se debe a *título de dolo o culpa*, parece obvio afirmar que la

pretensión indemnizatoria civil no podrá prosperar hasta tanto haya sentencia en el juicio penal donde se declare la existencia del hecho punible y la autoría de Pedro (CC, 1101).

Si no se acepta esta obviedad, cabe reflexionar acerca de las siguientes cuestiones: si Pedro es absuelto en sede penal por inexistencia del hecho, por ejemplo, ¿cómo podría desconocer esa circunstancia el juez de lo civil que debe otorgar la reparación? ¿Podría condenar a Pedro por considerar que el hecho sí existió en la realidad? ¿No parece lógico que una vez que alguien ha sido declarado inocente lo sea para todos los efectos: penales, civiles, etc.? Y a la inversa, si fue declarado culpable en la sentencia penal, ¿podrá absolverlo un juez civil por el mismo hecho? Pero las preguntas no paran aquí: ¿puede lógicamente haber encubrimiento de un robo si no hubo tal robo? Puede haber obligación de pagar alimentos si es nulo el vínculo ¿qué genera tal obligación? Las preguntas pueden sumarse casi hasta el infinito.

Ya se ha visto en este misma Lección los casos de acumulación subjetiva por conexidad causal, por conexidad mixta objetivo-causal y por afinidad, en los cuales el lector habrá advertido supuestos de *cojudicialidad* (el tratamiento debe ser *conjunto* para todos los litisconsortes en cuanto al tipo de litisconsorcio que los une). El vocablo que uso es un neologismo procesal que intenta mostrar la necesidad de que todos los litisconsortes demanden o sean demandados al mismo tiempo.

Pues bien: el fenómeno de la *cojudicialidad* se transforma en el de la *prejudicialidad* cuando no resulta posible el procesamiento conjunto de todas las pretensiones, o cuando tampoco es aceptable el dictado de una sentencia única respecto de todas ellas (por ejemplo, por pertenecer los distintos litigios a diferentes competencias materiales) o, más aún, cuando los casos de cojudicialidad no son tales por aparecer uno con mucha posterioridad al otro.

Esta es la razón por la cual he denominado el supuesto en estudio como de *acumulación impropia*: debiéndose hacer la acumulación por razones lógicas no se hace por razones de oportunidad o de diferente competencia judicial.

Cuando esto ocurre y los distintos litigios tramitan en forma independiente por la autonomía existente entre ellos, la ley evita anticipadamente la posible aparición del caos jurídico y, así, establece una suerte de *prioridad de la emisión de una sentencia sobre la de otra.*

Esa prioridad tiene el efecto de otorgar a la primera sentencia que se dicte la *autoridad del caso ya juzgado* frente a la pretensión pendiente de tramitación o de decisión. En otras palabras: la primera sentencia (prioritaria) opera como una premisa necesaria del segundo pronunciamiento, a raíz de lo cual el juez ulterior no podrá declarar cosa alguna que contraríe lógicamente lo declarado por

el primer sentenciador porque hace a la esencia de la prejudicialidad el mantenimiento y respeto de *la individualidad de los estados o situaciones de hecho.*

Esta prioridad opera de diferentes formas:

1) *desde lo civil hacia lo civil*:

Por ejemplo, la pretensión de declaración de reconocimiento de filiación matrimonial depende de la existencia de un matrimonio válido; la de nulidad de matrimonio por subsistencia de vínculo anterior depende de la validez del primer matrimonio; la pretensión de percibir alimentos depende de lo que diga una sentencia previa acerca de otra pretensión de declaración de nulidad del vínculo que origina precisamente esa obligación alimentaria; etc. Casi siempre el problema se presenta en litigios en los que se discute acerca de cuestiones de estado de familia.

Ya afirmé en la Lección 18 que este tipo de prioridad no está regulada en la generalidad de las leyes del continente, lo cual no resulta óbice para su utilización judicial toda vez que su falta de aceptación atenta contra la más elemental lógica jurídica;

2) *desde lo penal hacia lo civil*:

Por ejemplo, demandada judicialmente una pretensión civil de resarcimiento de daño generado por delito del derecho penal, la respectiva demanda *no debe ser juzgada* si existe proceso penal pendiente por el mismo hecho causal y hasta tanto haya sentencia definitiva en éste. Ocurre, simplemente, que si el acusado es condenado penalmente no se puede discutir en la sede civil la existencia del hecho principal constitutivo del delito ni puede ser impugnada la culpa ya declarada del condenado (CC, 1101).

Del mismo modo, si el acusado es absuelto, no se puede alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual recayó la absolución (CC, 1102).

Como se ve, la solución legal consiste en transferir el resultado del caso ya juzgado en la sede penal hacia la sede civil;

3) *desde lo penal hacia lo penal*:

Supóngase el caso de un robo acompañado de encubrimiento. Si éste es un delito autónomo en la legislación de que se trate, parece obvio que no puede perseguirse penalmente al encubridor sin hacer lo propio con el ladrón. Si no obstante se inicia el respectivo procedimiento y antes de llegar al estado de sentencia aparece el ladrón y, recién ahora, se le inicia a él su propio juicio, es evidente que no podrá dictarse sentencia respecto del encubrimiento hasta tanto no se determine la existencia del robo.

4) *desde lo civil hacia lo penal*:

Contrariamente a lo explicado recién en 2), hay veces en que la pretensión civil no está supeditada a la sentencia penal sino, al contrario, el ejercicio de la pretensión penal debe hacerse recién después de que exista sentencia firme en la sede civil: ello ocurre con el delito de *adulterio* –por supuesto, en las legislaciones que lo consagran– que requiere la existencia de sentencia firme de divorcio por la causal de *adulterio* y con el delito de *quiebra culpable o fraudulenta* que requiere la calificación de culpa o de fraude hecha por el juez civil de la quiebra. Ambos casos, existentes en la Argentina, han perdido estado legal hace ya muchos años.

En estos supuestos la transferencia de los efectos del caso ya juzgado operan a la inversa del recién explicado: la prioridad de la actividad de sentenciar la tiene el juez de lo civil.

Todas estas prioridades han recibido en la doctrina distintas denominaciones: se las conoce como *cuestiones prejudiciales* y, también, como *cuestiones previas,* otorgando cada autor disímiles efectos a los supuestos que contemplan bajo una u otra denominación.

Por supuesto, este esquema no aparece siempre con la misma simplicidad expositiva: los autores no son contestes en denominar las cosas de la forma en que acabo de hacerlo y, como siempre, hay para todos los gustos en la doctrina.

Pero la mayoría considera que estas cuestiones que nacen de la continencia procesal se dividen en tres clases: las que deben ser decididas *antes de comenzar la tramitación* de la pretensión penal (estas son las llamadas generalizadamente como *cuestiones previas*), las que deben ser decididas *antes de emitir la sentencia penal* (cosa similar ocurre en la prejudicialidad que opera desde lo penal hacia lo civil) pero que no obstan la iniciación del trámite (son *cuestiones prejudiciales al fallo*) y las que deben ser resueltas sí o sí en la misma sentencia con el fondo de la causa.

Como las cosas son lo que realmente son, sin importar al efecto cómo se las llame, me doy por contento con haber explicado el fenómeno en su simplicidad y sin profundizar todo lo que se ha dicho al respecto: ello excedería largamente el marco del contenido de esta obra.

2.2. LA SEPARACIÓN O ESCISIÓN PROCESAL

En todo supuesto de conexidad subjetiva (en los que la acumulación está permitida sólo por razones de conveniencia), si la tramitación conjunta de los diferentes procesos incoados por el mismo actor contra el mismo demandado

puede entorpecer el método de la discusión, la ley otorga al juez la facultad irrestricta de escindir la tramitación de cada proceso en otros tantos sendos procedimientos (art. 342).

Cosa parecida ocurre cuando la conexidad es puramente objetiva: recuérdese que su fundamento es la conveniencia de las diversas partes antagónicas de obtener un resultado final (que no necesariamente será único) que satisfaga de una sola vez las pretensiones concurrentes o encontradas.

Pero en los casos de conexidad causal, de conexidad mixta subjetivo-causal y de afinidad, lo que se tiene en cuenta es la certeza y la seguridad jurídicas (no la simple conveniencia o comodidad de las partes litigantes). Por eso es necesaria la acumulación y por eso ésta opera como una excepción a las reglas de la competencia que ya se han explicado en la Lección 5.

Mas puede ocurrir habitualmente que –más allá de la desigual competencia– concurran también desiguales trámites que no permitan el tratamiento simultáneo de los distintos procesos en un solo procedimiento. En tales casos, la ley permite la escisión procedimental y posibilita que se desarrollen distintos procedimientos –paralelos o no– pero exige siempre el dictado de *una sola sentencia* emitida por *un mismo juez* en *un solo y mismo acto de decisión respecto de todos los procesos pendientes.*

Como se ve, lo que se explica acá es el fenómeno inverso al de la acumulación: pudiendo o debiendo darse ésta, el juez o la ley permiten no acumular. Y ello no ofrece reparo alguno pues siempre se exige el dictado de un solo pronunciamiento para evitar la posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

LECCIÓN 21

LAS EVENTUALIDADES PROCESALES

SUMARIO

1. Explicación previa
2. Convergencia y divergencia procesal
3. Incidente procesal
4. Accidente procesal
5. Desplazamiento procesal
6. Sucesión procesal
7. Apéndice para CPC SFE

1. EXPLICACIÓN PREVIA

Se ha dicho hasta el cansancio –y con sobrada razón– que si el proceso es un mal necesario, el legislador debe eliminar de la normativa orgánica y procedimental toda complicación que pueda convertirlo en un tormento (a la manera kafkiana) o en un mal incomprensible que los pueblos sufran secularmente y del que no puedan salir con facilidad.

Tan atinado pensamiento no es compartido habitualmente en todos nuestros países, tanto por los autores como por los jueces.

Por ello es que la experiencia tribunalicia actual se muestra plagada de caprichos individuales que, a la postre, exhiben una caótica situación en la cual cada juzgador sigue sólo y al pie de la letra las antojadizas reglas de un código propio y diferente del que rige para todos en la realidad legislativa.

Con ello se ha instaurado en la sede judicial un absurdo subjetivismo que ha generado un *relativismo* generalizado: si antes una solución cualquiera pasaba por decir el juez *sí* o *no,* todos los casos justiciables del presente son o pueden ser *sí,*

no, ni y *so*. Lo que es sinónimo de insólita incerteza. Y así, la justicia, la seguridad y la certeza jurídica –valores máximos de la convivencia social– se han perdido.

Lo que para un juez es *sí*, en idéntico caso fáctico es *no* para otro. Y el justiciable mira todo azorado y sin comprender cómo se hace jurisprudencia o doctrina con su problema, que queda irresuelto para siempre, ocasionando nuevo y recurrente descontento social, con todos los problemas de convivencia que esto produce...

De ahí la urgencia que tiene el doctrinario de comprender la naturaleza, los alcances y las implicaciones del fenómeno procesal en su completividad, para interpretarlo adecuadamente y coadyuvar a lograr una correcta legislación que aleje todo avatar perverso y autoritario de un sistema constitucional esencialmente libertario.

He hecho esta disgresión pues deseo marcar la necesidad de presentar adecuadamente el tema que seguidamente abordaré y que ofrece una confusión actual que es menester erradicar de la doctrina y de la legislación.

Pues bien: ya se ha visto *el desarrollo del proceso* en Lecciones anteriores, donde he mostrado un procedimiento lineal y simple: la serie *normal* se compone de cuatro fases cumplidas por las partes y concatenadas entre sí mediante varios actos de conexión efectuados por el juez.

Pero esta simpleza procedimental no es la que se presenta habitualmente en el común de los pleitos. Antes bien, la experiencia indica que alrededor del procedimiento aceptado como normal –también llamado *principal* o *troncal* u *originario*– se desarrollan otros procedimientos que aparecen:

1) *simultáneamente* y corren paralelos al proceso;

2) *antes* de la iniciación de la demanda;

3) *durante* el curso de la serie procesal;

4) *después* de la sentencia.

En otras palabras: en la habitualidad procesal suelen darse procedimientos *simultáneos, anteriores* a la serie procesal normal, *interiores* de ella –que nacen en su seno e interfieren su desarrollo– y *posteriores* a la sentencia.

Tantas cosas distintas –que integran una clara constelación procedimental– son denominadas desde siempre por todas las legislaciones y la doctrina mayoritaria con sólo una palabra: *incidente* (ver, p.ej.: el título que precede al art. 326). Y así, al usarse una sola voz para designar a situaciones o cosas por completo diferentes, se genera otra vez (y van...?) el problema de la equivocidad.

Si se habla de *incidente de inhibitoria* (art. 7) y de *incidente de recusación* (art. 15) y de *incidente de arraigo* (art. 329) y de *incidente de pobreza* (art. 332) y

de *incidente de acumulación de autos* (art. 340) y de *incidente de ejecución de sentencia* (art. 507) y de *incidente de sustitución de embargo* (art. 285) y de incidente innominado *de levantamiento de medidas disciplinarias* o de *levantamiento de embargo* (art. 89), por ejemplo, se advierte que la palabra *incidente* no alcanza a cubrir con adultez y seriedad tantos supuestos esencialmente diferentes entre sí.

Palabras más, palabras menos, se ha dicho hasta ahora que un incidente (o *artículo*) es *toda cuestión accesoria que acaece durante el curso de la instancia.*

Y, de tal guisa, se menciona alegremente con esta palabra a todo lo que –es cierto– sobreviene en el curso de la instancia; pero también a toda irregularidad procedimental, a todo lo que debe ser resuelto previamente y/o al tiempo de sentenciar y/o después de ello, a todo lo que modifica transitoriamente a la serie procedimental, a todo lo que la interrumpe definitivamente, etc., etc.

Y no se me negará que con esto poco se ha dicho pues ya se ha visto que hay *incidentes* anteriores, interiores, posteriores y simultáneos que refieren –obviamente– a cosas muy diferentes entre sí, como luego quedará demostrado. Y esto sin tener en cuenta la finalidad de cada uno de tales "incidentes"...

Hay quien cree que la doctrina ya no resiste el peso de todo este fardo de confusión que, para colmo, genera legislación insuficiente y sólo atina a buscar salidas meramente literarias –no técnicas ni científicas– y a clasificar hasta el infinito para intentar –sin lograrlo– una mejor comprensión de todo el tema.

Asumiendo esa crítica, estoy seguro de que, al menos docentemente, hay que buscar una explicación del fenómeno que sea comprensible para todos y evite innecesarias confusiones al intérprete.

Y en esa tesitura creo que, para hacer un planteo que resulte congruente con el tenor de esta obra, cabe buscar tal explicación en la finalidad teleológica del proceso, que muestra siempre un mínimo de dos actitudes contrapuestas (una pretensión y una resistencia) (se vio en la Lección 8 que pueden ser muchas más) que desembocan normalmente –por falta de autocomposición– en la sentencia.

De ahí también que toda la actividad de ambas partes deba desarrollarse en dos líneas –de *eficacia* y de *eficiencia*, ver la Lección 2– que apunte hacia esa sentencia que, a la postre, acogerá o rechazará la pretensión propuesta por el actor contra el demandado.

Si se tiene en miras el logro de esa actividad eficaz y eficiente, se concluirá que en todo el cúmulo de procedimientos que integran la aludida constelación procesal hay planteos (anteriores, interiores y simultáneos, nunca posteriores) que son *convergentes* a la sentencia en tanto que otros (también anteriores, interiores y simultáneos) son *divergentes* de ella.

En otras palabras: hay cuestiones que se relacionan sólo con el instar (y que, por tanto, influyen exclusivamente en el desarrollo de la serie procedimental), en tanto que otras se vinculan con la pretensión y con la efectivización de la respectiva prestación (y, por tanto, no interfieren para nada en el desarrollo de la serie).

Al margen de todo ello, ya adelanté que existen cuestiones que también influyen en la línea de eficiencia y no en la de eficacia, que se presentan y tramitan en forma paralela al procedimiento principal –aquí se habla de *desplazamiento* de la discusión– y otras más que aparecen recién después de la sentencia –se trata de una *sucesión procedimental* que se relaciona con la efectivización del cumplimiento de la pretensión o con su abatimiento–.

Sin perjuicio de explicar todo en su momento, como esta distinción entre convergencia, divergencia, desplazamiento y sucesión puede ser el punto de arranque para la explicación lógica del tema, me ocuparé seguidamente de ello.

2. LA *CONVERGENCIA* Y LA *DIVERGENCIA* PROCESAL

a) La idea de *convergencia* proviene de las matemáticas, donde significa *suma de unidades* (o, mejor aún, concurrencia acumulativa de datos para lograr un resultado).

Aplicada a nuestro caso, cabe referir que la universal aspiración legislativa de *unificación de competencia judicial* se relaciona, precisamente, con este concepto de convergencia procesal: corresponde a un mismo y único juez el conocimiento de todas las cuestiones necesarias de tomar en cuenta para la decisión de un caso cualquiera.

En general, toda la convergencia apunta hacia la eficiencia de la serie en orden a la sentencia que se pretende. De tal modo, debe asegurar siempre la bilateralidad de la audiencia y la igualdad procesal.

Y así, las cuestiones convergentes pueden presentarse en forma previa o anterior a la serie (son las llamadas *medidas preparatorias de juicio ordinario* (art. 390) y *de juicio ejecutivo* (art. 445, imprescindibles para poder iniciarla eficazmente), en forma interior o contenidas dentro mismo de la serie (que interfieren su desarrollo, tal como una recusación con causa al juez actuante y negada por él (art. 15) y de modo simultáneo (como cualquiera cuestión prejudicial, CC, 1101 y 1102).

b) Cuando no se presenta tal suma de unidades se habla simplemente de *divergencia* (a la inversa de lo anterior, aquí los datos que coexisten no concurren acumulativamente para lograr un resultado). En otras palabras: es indiferente que concurran o no a ese resultado.

Ocurre muchas veces que al tiempo que se litiga acerca de una pretensión en concreto, aparece o puede aparecer a su alrededor y antes, durante, después o paralelamente al desarrollo de la serie –con mayor o menor vinculación– un montón de diversas pretensiones de las propias partes entre si (p. ej.: modificaciones de cautelas procesales) o de alguna de ellas o de ambas con un número elevadísimo de las más variadas personas (representantes, sujetos procesales necesarios o eventuales, etc., p. ej.: honorarios) que deben ser también discutidas paraprocesalmente aunque el resultado que se busque por quienes litigan al respecto nada tenga que ver con el acogimiento o rechazo de la pretensión principal.

En otras palabras: ya no se trata, como en la convergencia, de dar a las partes una permanente audiencia bilateral que asegure la igualdad procesal en orden a llegar rápida y eficazmente a una sentencia eficiente, sino de tramitar separadamente –antes, durante, después o simultáneamente con la serie procedimental– otras pretensiones de contenido cautelar, ejecutivo, etc., que tendrán vinculación con la pretensión pero que nada tienen que ver con la *eficacia del instar.* Y así, cada una de tales cuestiones tendrá que contar con su propia serie procedimental.

Estas diferencias entre la convergencia y la divergencia permiten y aconsejan denominar con palabras distintas a los fenómenos casuísticos que aparecen en los distintos supuestos.

Y en tren de respetar la convencionalidad del lenguaje, propongo llamar *incidentes* a todos lo que ocurren dentro de la convergencia del instar y *accidentes* a todos los que acaecen dentro de la divergencia.

3. LOS INCIDENTES PROCESALES

También llamados *artículos, cuestiones procesales accesorias* y *pequeños juicios,* se forman por el planteo de toda pretensión meramente procesal que tiene *relación directa e inmediata* con el asunto principal y que interfiere de alguna manera (por ejemplo, *evitando* –incompetencia–, *suspendiendo* –recusación– o *interrumpiendo* –caducidad de la instancia–) la estructura lógica del desarrollo normal de la serie procedimental para asegurar que se llegue a su objeto –la sentencia– eficazmente.

Los incidentes pueden estar previstos o contenidos en la ley (así, son *determinados* o *especificados)* o no (así, son *indeterminados* o *no especificados*) y ser de necesaria resolución previa (*artículos de previo y especial pronunciamiento*) o no.

Ejemplos de incidentes determinados son:

a) Con tramitación propia (siempre prevista en la ley y que habitualmente se

efectúa dentro del mismo expediente en el cual tramita la pretensión principal o al lado de él, *por cuerda separada* o, excepcionalmente, ante otro juez):

- el de recusación del juez o de los funcionarios actuantes (arts. 9, 10 y 12),
- el de planteamiento de la incompetencia del juzgador por la vía inhibitoria (se descarta así que la excepción de incompetencia sea un incidente) (art. 7),
- el de acumulación o separación de procesos o de autos (art. 340),
- el de alegación de la inadecuada representación de un gestor procesal (art. 43),
- el de unificación de personería (art. 132), etc.

b) Sin tramitación propia definida previamente en la ley (o incidentes indeterminados):

- el de suspensión de la serie procedimental por cualquier motivo que no sea la argución de una excepción previa (art. 89),
- el de fijación de viáticos a un testigo para que se desplace hasta la sede del juzgado donde debe declarar (art. 219),
- el de tacha al valor de la declaración de un testigo (art. 222),
- el de separación oficiosa de defensores (art. 27),
- el de la imposición de patrocinio letrado a un procurador (LOPJ, 323, último párrafo),
- todos los de *libertad* y *rehabilitación* en materia penal,
- así como los que interrumpen definitivamente el proceso penal (por ejemplo, *amnistía, muerte del acusado, perdón o consentimiento del ofendido*).

Las características comunes a todos ellos son:

1) valen y se explican sólo dentro del proceso y en función de la sentencia que las partes procuran obtener. En otras palabras: jamás los alcanza el efecto propio del caso juzgado;

2) provienen siempre de una *actividad* (jamás de una *inactividad*) extraña a la bilateralidad del instar principal y constituyen en sí mismos una nueva instancia que, como tal, requiere su *propia necesaria bilateralidad*.

Finalmente, las pretensiones incidentales pueden surgir tanto respecto de la afirmada relación sustancial que ampara a la pretensión como de la relación procesal propiamente dicha.

4. LOS ACCIDENTES PROCESALES

Al contrario de lo que ocurre en el caso de los *incidentes*, cuando la actividad extraña a la serie procedimental principal se relaciona de alguna forma con ella pero deja intocada la eficacia del instar bilateral –pues no interfiere en su normal desarrollo– parece claro que debe emplearse otra palabra a fin de mencionar el respectivo fenómeno: a ese fin se ha propuesto el nombre de *accidente procesal*.

El ejemplo más simple de esta figura se encuentra en todo lo *cautelar*, que no afecta el desarrollo normal de la serie procedimental.

Para mayor claridad: el levantamiento de un embargo preventivo, por ejemplo, no puede constituir un incidente procesal porque no interfiere con el accionar y sólo se relaciona conexamente con la eficiencia del pretender. Otro tanto puede decirse de cualquier pretensión de un tercerista de intervenir tangencialmente en proceso pendiente defendiendo la propiedad de una cosa o un mejor derecho a percibir su crédito (arts. 320 y ss.).

En este orden de ideas, parece evidente que todo accidente procesal debe contar con una tramitación propia que asegure –en algún momento y siempre que la pretensión lo permita– una adecuada bilateralidad de las partes.

Así, por ejemplo, si un embargo preventivo debe ser trabado necesariamente sin audiencia previa (y por eso *la traba de la cautela no es proceso sino mero procedimiento*) su *levantamiento*, por ejemplo, requiere imprescindiblemente la audiencia previa del cautelante (y por eso todo lo relativo a la modificación, suspensión o eliminación de las cautelas constituye siempre *verdadero proceso*).

Al igual que en el caso explicado en el número anterior, hay accidentes determinados (aunque generalmente son llamados con el nombre de *incidentes*), como el caso del *arraigo* (en puridad de verdad, no se trata de una excepción sino de una cautela), el de todo lo relativo al *ejercicio del poder disciplinario* por el juzgador sobre las partes y los defensores (art. 24 y LOPJ, 222 y 223).

5. EL DESPLAZAMIENTO PROCESAL

Existe *desplazamiento procesal* siempre que una o varias de todas las cuestiones planteadas ante un juez en un proceso principal deben ser resueltas en otro proceso principal y por diferente juez.

Es lo que ocurre en todas las cuestiones prejudiciales ya explicadas en la Lección 20, en las cuales el legislador privilegia la actuación de un fuero sobre la de otro.

En tales casos un proceso corre antes o paralelo de uno cualquiera de ellos. Pero en cualquier caso, la sentencia que se emita en uno –el que radica en el fuero privilegiado– tendrá efecto de caso juzgado en el otro, donde continuará el debate sólo respecto de las cuestiones pendientes.

También existe desplazamiento cuando es menester deducir un proceso en sede judicial para ejecutar un laudo arbitral o arbitratorio, toda vez que al árbitro y al arbitrador –por ser simples particulares– les está prohibido ejercer fuerza sobre personas o cosas.

6. LA SUCESIÓN PROCESAL

Existe *sucesión procesal* toda vez que:

1) sea menester ejecutar en un proceso o en un procedimiento *ad-hoc* una sentencia de contenido declarativo de condena: se abre aquí un debate acerca de alguna cuestión ya litigada con anterioridad y cuya sentencia no fue cumplida espontáneamente por el perdidoso (arts. 262 y ss. y art. 507);

2) se pretenda repetir lo indebidamente pagado como consecuencia de una sentencia de carácter ejecutivo (lo que habitualmente se denomina *juicio ordinario posterior*) por no haber podido el perdidoso defenderse antes de ella con suficientes medios de alegación, confirmación e impugnación (art. 483);

3) se impugne una sentencia que adquirió efectos propios del caso ya juzgado en tanto se afirme que fue emitida en fraude a alguna de las partes o a tercero afectado (ver Lección 27).

7. APÉNDICE CPC DE SFE

Sin perjuicio de lo dicho sobre "incidentes" y "accidentes", y de acuerdo con la terminología de CPC de SFE:

- Se prevén sólo tres incidentes con procedimiento propio: el arraigo (art. 329), la declaratoria de pobreza (art. 332) y la acumulación de autos (art. 340).
- Todos los demás incidentes (salvo disposición en contrario de la ley, v. art. 222) tramitan por la vía del juicio sumarísimo (art. 413) cuando la cuestión requiere de prueba (art. 387) o por la del simple traslado (art. 89) en caso contrario.
- Para conocer de los incidentes es competente el juez del principal (art. 5, 9°).
- Los jueces no son recusables en los incidentes, salvo los supuestos previstos en el art. 17, 7°.
- En materia de incidentes rige la regla procesal de la *eventualidad* (art. 327) y su promoción está condicionada a la no existencia de deuda por costas devengadas en incidente anterior (art. 328).

7.1. EL ARRAIGO

7.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

El arraigo es una garantía que tiende a asegurar la responsabilidad del actor por los gastos y honorarios a cuyo pago puede eventualmente ser condenado.

Si bien ALSINA consideró el *arraigo* como una verdadera excepción dilatoria[1], la mayoría de la doctrina se inclina por asignarle naturaleza de *medida cautelar*[2], toda vez que:

- Su finalidad es asegurar la eficacia de la condena en costas;
- Es esencialmente mutable y "no causa estado", por lo que puede ser modificado si se modifican las circunstancias tenidas en mira al momento de su dictado;
- Es provisional, caducando o extinguiéndose con el proceso al cual garantiza.

La institución del arraigo ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina procesal, limitándose en algunas legislaciones a los casos en que el actor no tenga domicilio ni bienes en la República (v.gr. CPCN).

7.1.2. LOS JUICIOS EN QUE PROCEDE

En el art. 329 se establece que puede solicitar arraigo "el que fuere demandado en juicio declarativo", esto es, en juicio de conocimiento.

Esa referencia es excesiva, pues el arraigo no procede en el juicio sumarísimo (art. 415) y, congruentemente con ello, tampoco es admisible en los juicios de rendición de cuentas (art. 527); alimentos y litisexpensas (art. 696); acciones posesorias y de despojo (art. 696); declarativo de prescripción cuando debe tramitar por vía sumarísima (art. 540) ni en el desalojo (art. 522).

Conforme a lo resuelto en CCCRosario, pleno, *Manto Negro S.A. –quiebra– c. Banco de las Comunidades*, no corresponde el arraigo cuando el proceso falencial demanda a tercero[3].

7.1.3. LOS SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA

Según lo establecido en el art. 330, el arraigo no procede cuando:

a) *El demandante poseyere en la provincia bienes suficientes para pagar las costas o el demandado se allanare a la demanda en cantidad que permita abonarlas.*

La doctrina y la jurisprudencia han delineado el primer supuesto de este inciso considerando que se exige una *solvencia específica*: que el actor cuente con *bienes suficientes* para afrontar las costas del juicio en el caso de resultar perdidoso.

---

1 Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1958, t. III, p. 74.

2 Cfr. Peyrano, Jorge W., *Excepciones procesales*, Santa Fe, Panamericana, 1993, p. 227; Chiappini, Julio, *El arraigo interpuesto como artículo de previo y especial pronunciamiento*, Juris, 73-214; etc.

3 JA, 1985-IV-419; Z, 11-J/185; LL, 1985-E-307.

¿A quién incumbe la carga de la prueba? Existen dos posturas jurisprudenciales: a) al actor excepcionado, conforme el principio general en materia probatoria[4]; b) al actor excepcionado sólo le incumbe la carga probatoria limitada de «solvencia específica» (posesión en la Provincia de bienes suficientes para afrontar el eventual pago de las costas) y corresponde al excepcionante la carga probatoria de demostrar que dicha «solvencia específica» era sólo aparente impetrando la prueba ampliatoria prevista por el art. 413, inc. 4º[5].

Los bienes de que habla el inciso deben entenderse como *registrables*[6].

b) *La demanda fuere interpuesta por vía de reconvención.*

Se ha dicho que "la contrademanda no es más que un medio de defensa y que el que reconviene no es el que promueve el juicio, ni pierde su carácter de demandado, y no hay razones para que se tema que no satisfaga las costas del adversario en el caso de que fuera vencido"[7].

c) *El actor hubiese sido declarado pobre para litigar, por resolución firme anterior a la oposición del arraigo.*

La CSSF ha resuelto que "arraigo y pobreza son dos institutos simétricos. El primero trata de preservar al demandado contra la demanda temeraria evitándole el perjuicio de las costas si la pretensión es rechazada. Pero como el acceso a la jurisdicción no puede ser negado por razones económicas, lo que importaría un agravio a la garantía de igualdad ante la ley, el Código exime de arraigar al que es declarado pobre. Pero le pone un requisito, que en el caso es definitorio: la declaración debe ser efectuada por resolución firme anterior a la oposición del arraigo"[8].

d) *El demandante sea una entidad con personería jurídica, domiciliada en la provincia, que por la ley o sus estatutos tenga objetivos sociales sin ánimo de lucro.*

Por ejemplo, colegios profesionales, obras sociales, asociaciones civiles, fundaciones, cooperativas, asociaciones mutuales.

7.1.4. LAS FORMAS DE TRAMITAR EL ARRAIGO

Conforme a lo dispuesto en el art. 329, el *arraigo* puede tramitar como:

a) Excepción previa ("artículo previo"). En ese caso, se aplican todas las normas relativas a las excepciones previas:

1. Debe respetar el plazo de interposición de las excepciones previas previsto para cada tipo de juicio;
2. Debe deducirse conjuntamente con las demás excepciones dilatorias, en un solo escrito (art. 140, regla de la *eventualidad*).
3. Opuesta como artículo previo, debe tramitar por la vía del juicio sumarísimo (arts. 331 y 387, 3º).

El efecto propio del *arraigo* deducido como "artículo previo" es la suspensión del procedimiento, "incluso el trámite de las demás excepciones" (art. 329). Esta suspensión "alcanza a *todas* las excepciones dilatorias, incluso la de incompetencia y las defensas previas"[9].

b) Incidente. Durante el juicio y hasta la sentencia de primera instancia, el demandado puede solicitar arraigo por la vía de *incidente*, que tramita por pieza separada y no paraliza el principal (art. 329).

c) Incidente después de la sentencia de primera instancia. El demandado puede solicitar arraigo después de la sentencia de primera instancia si ésta le fuera favorable. En este caso, interrumpe la tramitación del recurso contra la sentencia.

4 Juris, 53-139.
5 Juris, 91-440; Zeus, 52-J/130; Juris, 39-254; Zeus, 2-J/251; Zeus, 45-R/113; Zeus, 36-J/188; Zeus, 38-13.
6 Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, *Código...*, cit., p. 192.
7 Zeus, 11-J/185.
8 Zeus, R 6-323.

7.1.5. LAS ESPECIFICIDADES DEL TRÁMITE

En el art. 331 se establecen algunas especificidades que hacen del arraigo un incidente con "trámite especial". A saber:

- *Fijación del monto*

  El monto del arraigo se fija discrecionalmente por el juez tomando en cuenta la suma probable a que ascenderán las costas (honorarios y gastos de la tramitación) del demandado. No quedan comprendidos en este rubro: a) las propias costas generadas por el actor; b) las eventuales costas de una apelación; c) los hipotéticos daños que pudiera sufrir el demandado a raíz de la infundada demanda promovida por el actor.

  La prestación del arraigo puede hacerse mediante *caución real* (depósito de dinero o valores públicos; constitución de hipoteca o prenda) o *fianza personal* (cfr. CC, 1998).

- *Costas*

  El régimen de costas se aparta de la regla general del art. 251: se impondrán por su orden si se produjere el desistimiento del demandado después de rendida la prueba. Ello así, porque el excepcionante no niega que el excepcionado sea solvente, sino que manifiesta desconocerlo. En cambio, si se prueba que el excepcionante tenía cabal conocimiento anterior de la solvencia del actor excepcionado, carga con las costas.

- *Caducidad breve*

  El plazo de caducidad específico del arraigo es de noventa (90) días, "incluidos los inhábiles", y comienza a correr desde la notificación de la decisión que así lo dispone. El único acto idóneo para interrumpir la caducidad es el otorgamiento válido de la respectiva fianza o caución real.

7.2. LA DECLARATORIA DE POBREZA

7.2.1. CONCEPTO Y PROCEDENCIA

Fassi-Yáñez definen el *beneficio de litigar sin gastos* –denominado *declaratoria de pobreza* en el CPC de SFE– como la eximición definitiva o provisoria que se conce-

9 Alvarado Velloso, Adolfo, *Código...*, cit., p. 191.

de a quienes, por carencia o insuficiencia de recursos, no pueden afrontar total o parcialmente las erogaciones que ocasiona la sustanciación del proceso[10].

De tal manera, se dispensa a una o ambas partes –en forma total o parcial, definitiva o provisional– de la responsabilidad por el pago de los gastos que implica la sustanciación de un proceso determinado. Habitualmente esos gastos consisten en impuestos, tasas o contribuciones fiscales, tasas de actuación judicial, gastos de trámite, honorarios de abogados, honorarios periciales, aportes a cajas previsionales, obtención sin cargo de testimonios, copias de escrituras públicas, publicación de edictos en el Boletín Oficial y notificaciones (cfr. art. 335).

El instituto se fundamenta en un doble orden de razones: a) en la garantía constitucional de defensa en juicio (CN, 18), "pues en razón de que ésta supone básicamente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia, es obvio que tal posibilidad resulta frustrada cuando la ley priva de amparo a quienes no se encuentran en condiciones económicas de requerir a los jueces una decisión sobre el derecho que estiman asistirles"[11]; b) en el principio de igualdad de las partes, "el cual supone que éstas se encuentren en una sustancial coincidencia de condiciones o circunstancias entre las que no cabe excluir las de tipo económico, de modo que se impone la necesidad de neutralizar las ventajas que en ese orden pueden favorecer a uno de los litigantes en desmedro de otro"[12].

A veces el beneficio es legal (v.gr. a favor de los trabajadores en el fuero laboral); otras, judicial (v.gr. en el fuero civil, en que hay que solicitarlo al juez y para el caso concreto).

Algunos autores distinguen dos situaciones de *pobreza*:

a) la «pobreza proporcional», que se presenta cuando se relaciona la falta de ingresos o incapacidad económica que posee el solicitante del beneficio con la magnitud del proceso determinado al cual ha de hacer frente (art. 332)

b) la «pobreza objetiva», que es el caso del indigente, incapaz de hacer frente a las costas de cualquier proceso. En tal caso, interviene el Defensor General como patrocinante (LOPJ, 145, 1° y 16°).

Si bien lo dispuesto en el art. 332 ha perdido vigencia, la jurisprudencia y la doctrina han ido perfilando los supuestos de procedencia y características de la *declaratoria de pobreza* teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- No se requiere el estado de indigencia o la más absoluta insolvencia patrimonial, sino la insuficiencia de bienes bastantes para costear los gastos que demanda la promoción del juicio;
- El juzgador debe evaluar la situación patrimonial del solicitante con relación a los gastos que efectivamente deberá afrontar en el caso concreto;
- De ahí que sea menester que el peticionante estime el monto de la pretensión a fin de que el tribunal calcule, *prima facie*, las erogaciones que debería afrontar de no hacerse lugar a la declaratoria de pobreza;
- Los beneficiarios pueden ser personas físicas o jurídicas, aunque en este caso se extremará el rigor probatorio;

10 Fassi, Santiago - Yáñez, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

11 Palacio, Lino E., *Manual...*, cit., p. 252.

12 Íd. íd., p. 253.

- La concesión del beneficio se limita a las partes del litigio que han intervenido en el incidente y para un proceso determinado. Cuando la pobreza se intenta antes de la promoción de la demanda principal se debe indicar con precisión a la futura contraria;
- Es intransferible y personal (art. 335) y comprende todas las instancias e incidentes.

7.2.2. EL TRÁMITE

En el art. 333 se regula el trámite del incidente de declaratoria de pobreza, del que destacamos:

- El pedido puede efectuarse "en cualquier estado del proceso";
- Si se plantea antes o simultáneamente con la demanda, suspende el curso de ésta[13]; caso contrario, prosiguen los procedimientos;
- El incidente se sustancia por el trámite sumarísimo, con quien/es habrá/n de ser partes en el proceso principal y el agente fiscal (arg. interés del Estado en la tributación);
- La declaratoria de pobreza debe ser dirigida desde su inicio contra persona determinada y es, por ende, inoponible a quien no intervino en su sustanciación;
- Los hechos del incidente son "de demostración necesaria" (está involucrado el interés fiscal) por lo que no vale el allanamiento de la contraparte;
- Cuando el demandado no se opone a la pretensión del actor y se limita a exigir que se pruebe el estado de pobreza ("responde en expectativa"), las costas del incidente se imponen por su orden. Distinta es la solución si el litigante contrario se ha opuesto a la concesión del beneficio o ha guardado silencio al respecto (si pretende librarse de su imposición debe acceder expresamente a su otorgamiento);
- No existe uniformidad jurisprudencial acerca de los efectos interruptivos de la prescripción del incidente de pobreza. Algunos precedentes exigen la petición expresa en tal sentido;
- La mera promoción de la declaratoria cuando se ha suspendido el trámite del principal sólo permite al peticionante: a) solicitar medidas urgentes o de seguridad (para algunos, siempre que preste contracautela), o b) formular pedidos de interrupción de perención de instancia o prescripción del derecho. A diferencia de lo dispuesto en CPCN, la sola deducción del pedido no otorga un "beneficio provisional";
- La decisión judicial que hace lugar al beneficio es apelable con efecto devolutivo;
- No causa estado ni hace cosa juzgada material, sólo formal. Es provisoria y susceptible de modificación si aparecen nuevas circunstancias.

7.2.3. LOS ALCANCES DE LA DECLARATORIA

La declaratoria de pobreza firme anterior a la promoción del arraigo implica que el beneficiado está exento de arraigar (art. 330, inc. 3°).

13 Por el contrario, la promoción del beneficio de litigar sin gastos no suspende el principal en el CPCN.

La declaratoria de pobreza no exime de pagar costas al declarado pobre perdidoso en el juicio principal si posee bienes suficientes para abonarlas (art. 336). Más aún: el beneficio de pobreza no exime al declarado pobre, vencedor en el juicio principal, de pagar costas a su abogado hasta un tercio del valor de los bienes que reciba (art. 337).

No se podrá promover nueva declaratoria sin abonar el sellado de la anterior rechazada y del principal, e invocar hechos nuevos (art. 338).

LECCIÓN 22

LOS MODOS DE TERMINAR EL CURSO PROCEDIMENTAL

SUMARIO

1. Terminación del proceso por medios autocompositivos
1.1. Unilaterales expresos
1.1.1. Desistimiento de la pretensión
1.1.2. Allanamiento a la pretensión
1.2. Unilateral tácito: deserción recursiva
1.3. Bilaterales expresos
1.3.1. Transacción
1.3.1.1. Requisitos
1.3.1.2. Caracteres
1.3.1.3. Efectos
1.3.2. Desistimiento del proceso
1.4. Bilateral tácito: caducidad de instancia
2. Terminación del proceso por medio de actividad judicial
2.1. Llamamiento de autos
2.2. Homologación judicial
2.3. Sobreseimiento
2.4. Absolución de la instancia
2.5. Archivo de la causa
2.6. Auto de falta de mérito

1. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO POR MEDIOS AUTOCOMPOSITIVOS

Ya he sostenido repetidamente en el curso de esta obra que el proceso es, simplemente, un método ideado para que dos sujetos –*natural y esencialmente desiguales*– que ven alterada su convivencia en el plano de la realidad social por coexistencia de la pretensión de uno y la resistencia del otro acerca de un mismo bien de la vida, puedan discutir sus diferencias mediante un diálogo argumentativo que efectúan ante un tercero que los *iguala jurídicamente* por medio de su propia imparcialidad y que, llegado el caso, dará la razón a uno o

al otro si es menester heterocomponer el litigio por ausencia de autocomposición de los propios contendientes durante el desarrollo de la discusión.

Con tales ideas que, a estas alturas, ya deben estar incorporadas en el lector, recuerdo que en Lecciones anteriores he explicado cómo se inicia el proceso (por demanda o acusación en la *etapa de afirmación)* y cómo se desarrolla en las *etapas de negación*, de *confirmación* y de *evaluación o alegación*. Toca ahora explicar cómo finaliza el proceso.

La doctrina tradicional explica el tema de manera muy diferente a la utilizada en esta obra, afirmando invariablemente los autores que el *proceso termina con la sentencia* y, reafirmando esa idea, sostienen que ella es el *medio normal de su extinción*, para distinguirla así de aquellos otros que invariablemente denominan desde siempre como medios *anormales de extinción*.

Por mi parte, creo que tal explicación es errónea y que contradice la realidad jurídica de, al menos, los últimos cincuenta años, durante los cuales todo el mundo se ha quejado amarga y recurrentemente de la aún vigente y ya ingobernable *morosidad judicial*.

Para que el lector pueda compartir la crítica, deseo que repare en que si el proceso es *método de discusión* argumentativa que, como tal, sólo puede regirse sistémicamente por los principios propios del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, parece obvia la idea elemental de que finaliza cuando uno cualquiera de los antagonistas deja de discutir. Y mucho más obvia es tal idea cuando son los dos contendientes quienes deponen de común acuerdo su actitud beligerante.

Y a esto me he referido concretamente en la Lección 1, al explicar los medios autocompositivos del conflicto y del litigio. Ya se verá luego que en esta Lección se reiteran los conceptos allí empleados.

A más de ello, repare también el lector en que la información que surge de estadísticas judiciales serias muestra que los jueces sentencian sólo un promedio de alrededor del quince por ciento de las causas litigiosas incoadas por los litigantes civiles en cada año calendario, de donde resulta que el ochenta y cinco por ciento restante forma una masa inaguantable de asuntos que se acumulan año tras año o termina necesariamente por medios autocompositivos, que es lo que ocurre en enorme número de expedientes.

¿Cómo es posible, entonces, sostener con seriedad que el modo *normal* (que es, precisamente, lo que *siempre ocurre* o *debe ocurrir*) aparece en quince de cada cien asuntos justiciables, en tanto que el modo *anormal* (que es lo que *ocurre* o *debe ocurrir a veces, no siempre sino esporádicamente*) se presenta en los demás ochenta y cinco restantes? ¿Cuál es la lógica de todo ello que, además, se enseña a los alumnos de Derecho cual si fuere dogma propio de una Verdad revelada?

Por lo demás, si el proceso es *puro método de debate* y la sentencia es esencialmente una *pura norma*, tal como luego se verá, ¿cómo es que se insiste con la reiterada frase de que *la sentencia termina el proceso*? ¿Y qué pasa cuando los jueces no sentencian, cual ocurre en el 85% de los casos? ¿Es que no terminan? Y si los antagonistas han dejado ya de discutir a la espera de esa sentencia que tarda en llegar o que nunca llega, ¿el proceso como *medio de discusión* sigue vigente? ¿Puede ser reabierto a voluntad de los que discutían en él? No es eso lo que dicen las leyes.

Todas estas incongruencias lógicas que saltan a la vista apenas se medita mínimamente acerca del tema, desaparecen si se acepta lo que se explica en esta obra: otra vez, que el proceso es *método* (no meta a lograr) y que la sentencia es su *objeto* (recordar lo afirmado en el punto 4 de la Lección 1), a raíz de lo cual no puede integrar lógicamente el concepto de aquél.

De tal modo, si la sentencia no es un acto procesal, pues es pura norma, como ya se dijo *supra*, parece claro que el método como tal termina temporalmente mediante un acto judicial que le otorga ese efecto extintivo y que se repite desde siempre en los diferentes ordenamientos legales con sintagmas que ostentan siempre idéntica significación (*"autos para sentencia", "se convoca a las partes para oír la sentencia", "pasen a resolver", "autos para definitiva"*, etc.) (ver *infra*, el # 2.1).

En esta situación fáctica, a la cual no siempre se llega, el método procesal se considera concluido, no pudiendo hacerse a partir de allí nuevos actos de postulación, salvo muy excepcionales casos.

Reiterando las ideas: resulta claro para esta concepción que el método de debate termina cuando los protagonistas que discuten dejan o deben dejar de hacerlo.

También es claro que, cuando ha finalizado la discusión, el litigio existente debe ser resuelto por decisión de autoridad (juez o árbitro), con lo cual logrará al fin su objeto (obtener la dación de la sentencia) sin que con ello se haya alterado para nada la naturaleza del medio.

Pero si ello no ocurre, habrá que aceptar que el proceso no logró el cumplimiento de su objeto (lo que tampoco altera la naturaleza del medio) y que, a raíz de ello, ha quedado concluido el debate pero pendiente el litigio, que terminará casi seguramente por alguno de los medios autocompositivos que luego se verán en detalle.

Uniendo estos conceptos con los que he brindado en la Lección 1, empezaré recordando que el conflicto puede ser concluido con una de las posibles soluciones que son susceptibles de ser imaginadas lógicamente a partir del análisis de una discusión entre dos partes antagónicas: a) o renuncia el pretendiente al total de su pretensión; b) o renuncia el resistente al total de su resistencia; c) o se hacen ambos concesiones recíprocas y parciales.

Estas soluciones, que pueden presentarse en la realidad de la vida social para poner fin al conflicto, pueden ocurrir y ocurren también en el plano jurídico del proceso. En rigor, nada lo impide y se ven cientos de casos todos los días.

Y así, para autocomponer el litigio, las leyes en general prevén soluciones *unilaterales* (basta la voluntad de uno de los antagonistas) y *bilaterales* (se exige la concurrencia coincidente de la voluntad de ambos contendientes). Y en los dos casos, tales soluciones pueden ser *expresas* o *tácitas*.

Conforme con ello, los medios autocompositivos pueden ser *unilaterales expresos* (son dos) y *unilateral tácito* (es uno) y *bilaterales expresos* (son dos) y *bilateral tácito* (es uno). Los explico a todos a continuación.

1.1. LOS MEDIOS UNILATERALES EXPRESOS

Son el desistimiento de la pretensión y el allanamiento a la pretensión.

1.1.1. EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

Es el medio procesal por el cual el actor renuncia unilateralmente a continuar con la pretensión demandada y, a raíz de ello, abandona el proceso en el cual la dedujo (el art. 229 llama a este medio *desistimiento de la acción*).

De tal forma, y en los términos de la ley civil (CC, 868), constituye una atípica *renuncia del derecho de continuar postulando procesalmente* toda vez que no requiere para su eficacia el consentimiento de aquél a quien favorece la renuncia (por eso es, precisamente, que se presenta como unilateral).

De la misma forma, y aunque la doctrina en general no haya reparado en ello, también puede desistir el demandado de cualquiera excepción al progreso de la pretensión que haya deducido en la etapa procesal de negación (en SFE, texto expreso del art. 229). Lo cual, si bien se mira, constituye una pretensión del propio demandado, basada en su afirmación de la existencia de un hecho que condiciona, modifica o extingue los hechos o el derecho enunciados en la demanda por el actor.

Las leyes en general norman sólo el desistimiento desde la óptica del actor y lo denominan *desistimiento de la acción* (utilizando el término *acción* en el

exacto sentido que en esta obra le asigno al vocablo *pretensión*) y, también, *desistimiento del derecho pretendido* (lo que es una obviedad, pues si se renuncia al derecho de pretender para siempre un bien de la vida es claro que también se renuncia a él).

Los *requisitos* para desistir son:

1) tener quien desiste la capacidad procesal para renunciar a un derecho;

2) en caso de que el desistimiento se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo (CC, 1881, 4°);

3) que el litigio no esté aún sentenciado pues, caso ser así, la renuncia referirá sólo al derecho ya otorgado judicialmente (lo que constituye una renuncia a un derecho material y no procesal);

4) debe ser aceptado por el juez (arg. a contrario del art. 229), haciendo al efecto un juicio de admisibilidad en el cual ha de analizar sólo la existencia de capacidad procesal de la parte y, de ser el caso, de mandato suficiente en su personero.

Una vez lograda la admisión, el desistimiento se torna definitivo y, salvo vicios de la voluntad en el acto de desistir, gana los efectos que se verán luego.

No hay límite temporal alguno para su realización.

Los *efectos* de este tipo de desistimiento son:

1) desde su presentación ante el tribunal donde radica la causa, es *irretractable* (interpretación analógica de CC, 838, por ser inaplicable al caso lo dispuesto en CC, 875, toda vez que este desistimiento no es bilateral);

2) desde su admisión judicial, se asimila al *caso ya juzgado* (ver luego su tratamiento particular al estudiar la sentencia en la Lección 25). A raíz de ello, el derecho renunciado ya no puede ser instado de nuevo útilmente por lo que, si ello ocurre, podrá el demandado oponer la excepción de caso juzgado y el juez suplirla de oficio en homenaje a la vigencia del principio de seguridad jurídica que ya presenté en la Lección 11;

3) el juez debe imponer las costas devengadas a raíz de la pretensión desistida al propio resistente (art. 229). En la Lección 24 se verá más en detalle el tema.

Surge de lo hasta aquí expuesto la razón por la cual este tipo de desistimiento es de carácter *definitivo* respecto de la pretensión (art. 229). Hago esta aclaración pues se verá *infra* otro tipo de desistimiento, *el del proceso*, que no ostenta tal efecto.

Finalmente: el art. 559 consagra excepcional caso de desistimiento implícito en el juicio oral. De la misma forma, los arts. 608 y 612.

1.1.2. EL ALLANAMIENTO A LA PRETENSIÓN

Es el medio por el cual el demandado (y el reconvenido) renuncia unilateralmente a su derecho de oponerse a la pretensión demandada. A raíz de ello, otorga la prestación reclamada o promete hacerlo oportunamente o reconoce el derecho que sostiene el actor como base de su pretensión (art. 230). De tal forma, constituye una típica *renuncia al ejercicio activo del constitucional derecho de defensa en juicio.*

Las leyes en general lo promueven como forma de evitar la proliferación de litigios, para lo cual otorgan el beneficio de eximición de costas procesales a quien lo realiza en ciertas condiciones (art. 251, 1°) que luego explicaré.

Los *requisitos* para que el demandado pueda allanarse útilmente son:

1) tener la capacidad procesal para renunciar a un derecho;

2) en caso de que el allanamiento se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo (CC, 1881, 4°);

3) que la ley admita el allanamiento como forma autocompositiva de terminación del proceso. Repárese especialmente en que no está permitido en los litigios acerca de cuestiones de estado civil[1] y, en general, en todo aquél que interese al orden público, que no puede ser alterado por la simple voluntad de las partes litigantes;

4) que el litigio no esté aún sentenciado pues, caso de ser así, sólo quedará al demandado cumplir el mandato judicial contenido en la sentencia;

5) debe ser aceptado por el pretendiente a efectos de que pueda cuestionar su oportunidad, totalidad y efectividad, cuando quien se allana pretende eximirse de costas con su actitud (arg. art. 230). Nótese bien que si no existe deseo de lograr tal eximición, el actor no puede oponerse al allanamiento. A partir de tal aceptación, y por las razones ya vistas respecto del desistimiento de la pretensión, el allanamiento es irretractable;

6) sin perjuicio de lo expuesto *supra*, también debe ser aceptado por el juez, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad en el cual ha de analizar exclusivamente: a) la existencia de capacidad procesal de la parte; b) de ser el caso, la

1 Ver por ejemplo, texto del antiguo art. 66 de la Ley de Matrimonio Civil (N° 2393).

existencia de mandato suficiente en su personero y c) la aceptación por la ley de la posibilidad de allanarse el demandado en el tipo de litigio en el cual se presentó. Y ello en razón de que en SFE el allanamiento en sí mismo no concluye el proceso sino que exige el dictado de una sentencia al efecto (art. 230).

Una vez lograda la admisión, el desistimiento gana los efectos que se verán luego y que difieren en caso de que la ley exija o no que el cumplimiento conjunto de la prestación reclamada en las pretensiones de condena.

Sin perjuicio de lo expuesto *supra*, en el punto 4) y de que el allanamiento puede ser efectuado en cualquier estado del proceso (art. 230), cuando la ley beneficia a quien se allana con la eximición de las correspondientes costas procesales, exige otros varios requisitos: que el allanamiento sea

a) *oportuno*, es decir que se presente sólo en la fase de negación, *al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda.* Surge clara así una diferencia esencial con la ya vista *supra* respecto del allanamiento en general: para lograr el efecto de eximición de costas, tiene un límite temporal;

b) *real:* es decir que surja inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar;

c) *incondicionado:* es decir que sea puro y simple, no formulado subsidiariamente o con reservas o condiciones;

d) *total:* es decir que comprenda la totalidad de la pretensión actora y no sólo alguna de sus partes.

No exige, en cambio, cual lo hacen otros CPC del país, el requisito de que sea efectivo (es decir que en forma conjunta con la presentación del allanamiento, cumpla efectivamente la prestación reclamada cuando el litigio versa sobre pretensión de condena; por ejemplo, pagando de una vez el total de la suma de dinero reclamada).

Cuando todo ello ocurre y el demandado efectúa la prestación del objeto pretendido, el proceso se termina sin más, sin perjuicio de que quede pendiente alguna cuestión sobre costas (por ejemplo, se discute si el allanamiento es apto o no para lograr la eximición del caso) que podrá ser discutida en proceso accidental posterior (art. 230).

Pero lo que interesa destacar acá es que con el allanamiento oportuno, real, incondicionado y total, el proceso se termina y no se requiere para ello nada más que la aceptación del actor y la formal admisión del juzgador.

Cuando esto ocurre, y ante la falta de controversia acerca de la prestación reclamada, parece claro que se precisa el dictado de una sentencia que ordene

su cumplimiento efectivo. A raíz de esto, el allanamiento no puede ser considerado un medio de terminación del proceso pues en verdad no lo finaliza, ya que continúa hasta tanto pueda dictarse la sentencia. Y así, ese proceso cumplirá su objeto de obtener una condena de la prestación reclamada.

Finalmente: en caso de *litisconsorcio* (y no de simple composición de la parte por sujetos plurales), el allanamiento de un litisconsorte no afecta a los demás y la sentencia que acoge la demanda a su respecto sólo puede alcanzarlo a él (art. 230, últ. párr.).

1.2. EL MEDIO UNILATERAL TÁCITO: LA DESERCIÓN RECURSIVA POR CARENCIA DE FUNDAMENTACIÓN

Se entiende por *deserción recursiva* la que hace el apelante de una sentencia, al abandonar o incumplir la carga de fundar argumentativamente la discrepancia de su motivación o resultado (art. 364).

Como se infiere de ello, opera sólo en el supuesto de impugnaciones de doble grado de conocimiento, en las cuales la tarea recursiva se desdobla en dos momentos diferentes y consecutivos:

a) la del mero acto de interposición ante el juzgador cuya decisión se impugna, en el cual el apelante, por ejemplo, se limita a decir escuetamente que *apela*, y b) la de la presentación de las discrepancias que el impugnante tiene con la decisión apelada, que se efectúa ante su superior mediante lo que técnicamente se denomina *expresión de agravios* (el tema será entendido en su plenitud luego de la lectura de la Lección 27).

Como se ve, la instancia propia del proceso abierto con motivo de la admisión de la apelación, finaliza en este caso por decisión unilateral del propio apelante, quien se dijo perjudicado por la sentencia apelada pero que no explicó el porqué de ello. De tal modo, ahora no tendrá más remedio que acatar su mandato.

Los *efectos* que produce este medio de finalización del proceso son:

1) otorga los propios del *caso ya juzgado* y de *ejecutoria* a la sentencia apelada (ver la Lección 25);

2) genera la carga de imposición de costas de la instancia apelatoria así finalizada al apelante que no fundó su impugnación (por aplicación de la regla del vencimiento, art. 251, 1°).

1.3. LOS MEDIOS BILATERALES EXPRESOS

Son aquellos en los cuales se exige la voluntad concurrente de ambos contendientes para lograr la finalización del proceso. A este efecto, las dos partes deben ser oídas al respecto.

Estos medios son: la transacción y el desistimiento del proceso.

Como la transacción es un contrato legislado en CC, 832 y ss., se descarta que siempre exija el acuerdo expreso de voluntades. Es imposible de concebir el tema de otra manera.

En cambio, aunque el desistimiento del proceso también exija la voluntad común, habrá que hacer sobre el punto alguna consideración extra.

Resulta claro que el medio opera expresamente cuando el actor pretende desistir del proceso y el demandado contesta el respectivo traslado conferido con la carga de manifestar su propia voluntad y da su consentimiento al efecto.

Pero no ocurre lo mismo cuando éste no contesta dicho traslado y, sin embargo, el consentimiento se brinda fictamente: esto no es más que la natural consecuencia del carácter dialogal del proceso y el respeto al valor que siempre debe otorgarse al silencio, conforme ya se ha visto en la Lección 4. De ahí que desde siempre se lo catalogue de la forma que aquí lo he hecho.

1.3.1. LA TRANSACCIÓN

Castizamente, *transacción* es *"trato, convenio, negocio"*, lo que se repite en el Derecho, donde se la define como a un convenio reflejado en "un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas" (CC, 832).

Doctrinalmente discutida su naturaleza jurídica en la Argentina y sea o no un contrato a los fines del derecho privado, parece claro que procesalmente es un claro medio bilateral y expreso de extinción de un conflicto (es la obligación *dudosa*) o de un litigio pendiente (es la obligación *litigiosa*).

La ventaja de este tipo de conciliación es evidente y, por ello, se ha convertido en el principal medio extintivo utilizado por quienes están en conflicto (evitan la provocación de un pleito) o en litigio (terminan un litigio existente): cada uno de los dos antagonistas renuncia a una porción de la respectivas pretensión y resistencia en beneficio del otro y, de tal, modo, los dos ganan en tranquilidad (desaparece el disenso) y en resultado (reparten el bien).

1.3.1.1. LOS REQUISITOS DE LA TRANSACCIÓN

Las condiciones actuales que deben cumplirse para que el respectivo acto logre eficacia, pueden ser extrínsecas e intrínsecas.

a) *Los requisitos extrínsecos*

Aunque, en general, la validez de las transacciones no esté sujeta a la observancia de formalidades extrínsecas (CC, 837), procesalmente se exige:

a.1) que ambos transigentes tengan la capacidad procesal suficiente para renunciar a un derecho. En principio y como regla general, la transacción exige la *capacidad de contratar* (CC, 833). A ella se añade la específica para transigir, que es la capacidad para disponer (CC, 840 y 841);

a.2) en caso de que la transacción se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo (CC, 839 y 1881, 3°);

a.3) que lo acepte el juez de la causa, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad del acto (arg. art. 231, única norma en CPC que refiere al tema). En su resolución le corresponde analizar sólo:

a.3.1) la vigencia de los requisitos extrínsecos: la existencia de capacidad procesal de las partes transigentes y, de ser el caso, de mandato suficiente en su personero;

a.3.2) además, debe corroborar un requisito intrínseco: el relativo a si la transacción ha versado sobre objeto transigible; de ser así, dictará una *sentencia homologatoria* (ver 2.2. en esta misma Lección) que, atención, no añadirá efecto alguno al acto pero que servirá para ponerle formal fin al proceso y, así, poder archivarlo en su momento.

Insisto particularmente en ello: la transacción, como tal, no necesita ser aprobada ni autorizada ni homologada ulteriormente toda vez que no está sujeta a la observancia de formalidades extrínsecas y surte sus efectos legales desde el día de su presentación ante el juzgado.

b) *Los requisitos intrínsecos* son:

b.1) que el objeto de la transacción sea de *carácter transigible*, por no afectar el orden público: se trata de intereses meramente patrimoniales. De acuerdo con lo establecido en el CC, 833, tal objeto debe reunir las condiciones que la ley prescribe para toda clase de contratos (igual a las establecidas para los actos jurídicos en general (CC, 1167).

Lo mismo que el objeto de todo acto jurídico, el propio de la transacción debe ser posible física y jurídicamente, debe versar sobre cosa o derecho que esté en el comercio (CC, 844), y no debe oponerse a la libertad de las acciones o de la conciencia ni perjudicar los derechos de terceros.

Pero no sólo puede ser transigida una *obligación*, cual surgiría de la literalidad del art. 832. También puede versar sobre derechos reales, intelectuales y aun de familia, y todos aunque estén subordinados a condición (CC, 849).

A su turno, no pueden ser objeto de transacción:

b.1.1) las cosas que están fuera del comercio y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención (CC, 844);

b.1.2) toda pretensión punitiva, salvo caso excepcional de *perdón del ofendido* (CPen, 69);

b.1.3) las contestaciones relativas a la patria potestad (CC, 845);

b.1.4) la validez o nulidad del matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio (CC, 843) y que no se trate de un matrimonio absolutamente nulo, sino de nulidad relativa;

b.1.5) los derechos eventuales a una sucesión, ni los derechos a la sucesión de una persona viva (CC, 848). Esta disposición concuerda con lo establecido por el código al legislar sobre los contratos en general y sobre la aceptación de herencias (CC, 1175 y 3311) y se inspira en las mismas consideraciones morales;

b.1.6) la obligación de dar alimentos tampoco puede ser objeto de transacción, por la misma razón que no puede ser compensada, ni renunciada, ni embargada (CC, 374 y 825). Pero este principio no debe entenderse en forma absoluta: se puede transigir sobre mensualidades ya vencidas de cuotas alimentarias, y la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que es lícito transigir cuando la obligación no deriva de la ley sino de una convención o de disposiciones de última voluntad;

b.2) que el acto contenga *concesiones recíprocas*, debiendo entenderse por tales el sacrificio que cada uno de los interesados haga de parte de sus derechos o pretensiones, o la prestación que una de ellas realice o se obligue a realizar a favor de la otra (de no haber reciprocidad el acto será *desistimiento* o *allanamiento*, según quién sea el que haga la renuncia).

Conforme a lo dicho *supra* en a.3), el juez de lo civil no puede hacer valoración alguna respecto del valor de cada una de las renuncias. Tampoco el juez de lo penal en un sistema acusatorio en el cual el acusador, público o particular, se maneje con criterios de oportunidad y no de legalidad;

b.3) que las concesiones o sacrificios recíprocos tengan por objeto *extinguir obligaciones litigiosas* (son aquéllas que se discuten en un litigio vigente; en otras palabras, las que están sometidas a la decisión de un tribunal judicial) *o dudosas* (son las que, sin ser objeto aún de controversia judicial, producen en las partes incertidumbre respecto de la extensión de sus respectivos derechos).

1.3.1.2. LOS CARACTERES DE LA TRANSACCIÓN

Por su naturaleza contractual, la transacción es una convención *sinalagmática*, a *título oneroso*, *consensual* y *formal* cuando recae sobre derechos ya litigiosos (CC, 838) o *no formal* cuando lo hace sobre derechos que no lo son (ídem, art. 837).

Como medio específico de extinción del proceso, es *indivisible* (CC, 834), de *interpretación estricta* (CC, 835) *declarativa* y *no traslativa de dominio* (CC, 836) y, por efecto de la indivisibilidad, *no se admite la nulidad parcial* de la transacción (ver, como ejemplo, caso en CC, 847).

Cuando versa acerca de derecho ya litigioso, su validez se subordina a que sea presentada ante el juez ante quien radica el litigio. De donde resulta que es un acto formal y solemne en el cual deben observarse, bajo pena de nulidad, las formalidades que la ley establece en el art. 838, es decir, presentar las partes al juicio un escrito en el que exponen los términos de su transacción. Y en tanto no se presente al juez, carece de todo efecto.

1.3.1.3. LOS EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN

A los fines propios del proceso, cabe hacer en el tema importante distinción que no ha sido advertida por la doctrina en general: son diferentes los efectos propios de una transacción que versa sobre *cuestiones dudosas* y aún no litigiosas respecto de los que refieren a otras que ya *son litigiosas* por ventilarse actualmente en sede judicial.

a) Veamos primeramente estos últimos, de los que se ocupan todos los autores.

A partir del momento mismo de su presentación ante el tribunal que conoce del litigio, toda transacción tiene los siguientes efectos:

a.1) extingue los derechos y obligaciones renunciados por las partes (CC, 850). Y esto opera de modo definitivo pues el incumplimiento de las obligaciones transaccionales no hace renacer la pretensión extinguida en el convenio. A raíz de ello, se extingue también la competencia del juez respecto del asunto hasta ese momento litigioso, conservándola al sólo efecto de declararla admisible, de proceder conforme a lo transigido y, en su caso, de ejecutarla, de regular honorarios y de ordenar el archivo del respectivo expediente;

a.2) toda vez que con ella ha terminado el proceso, la ley establece que tiene los mismos efectos que los de una sentencia judicial firme: adquiere ejecutoria (ver el # 3.5 en la Lección 23) y la calidad de caso juzgado (ver ídem).

b) Veamos ahora los efectos de la transacción efectuada acerca de *cuestiones dudosas*, aún no judicializadas (y, por ende, *no litigiosas* en la terminología utilizada en toda esta obra):

b.1) al igual que en caso anterior, extingue los derechos y obligaciones renunciados por las partes;

b.2) pero como no hay juez que intervenga en la relación transigida, no cabe presentarla ante tribunal alguno (pues simplemente no lo hay y, precisamente, los interesados quisieron evitarlo: por eso transigieron el conflicto), de donde surge ahora la pregunta relativa a desde cuándo rige su contenido. La respuesta parece obvia si se piensa en la naturaleza contractual de la transacción: a partir de cuando lo dispusieron los interesados y, en su defecto, desde la fecha de la concertación.

A consecuencia de ello creo que no cabe hablar del efecto de *caso juzgado* para justificar su naturaleza. Por lo contrario, pienso que debe remitirse el caso a lo regulado para los principios generales de los contratos: la transacción tiene fuerza de ley entre las partes (CC, 1197). Es razonable aceptar, entonces, la lógica de la propia voluntad de las partes que, al decidir poner fin a las cuestiones transigidas, no pueden discutirlas de nuevo.

De la misma forma creo que no cabe hablar de efecto *ejecutorio*, tal como lo hice antes.

La palabra *ejecutorio* significa que el mismo juez que era competente para decidir el litigio transigido ejecutará ahora la transacción por la vía de la ejecución de sentencia o del juicio de apremio. Pero como en el caso no hay juez que intervenga en el asunto, la ejecución tendrá que hacerse ante el juez que resulte competente para ello y por la vía declarativa que corresponda al caso, al igual que lo que ocurre para todo contrato.

Por supuesto, este efecto obligatorio propio de cualquier contrato rige no sólo para las partes transigentes sino que también se extiende a sus sucesores universales, con arreglo a los principios generales.

1.3.2. EL DESISTIMIENTO DEL PROCESO

Es el medio procesal por el cual el actor renuncia a mantener vigente el proceso que inició a consecuencia de la admisión de su demanda, pero manteniendo intacto su derecho de pretender nuevamente mediante la instauración de otro proceso posterior (art. 229), a salvo la eventual prescripción (CC, 3987).

De tal forma, y al igual que el desistimiento de la pretensión, constituye una típica *renuncia del derecho de continuar postulando en este proceso* (y no en otro), por lo cual es de carácter meramente provisorio frente al definitivo que ostenta aquél, en el cual se renuncia también al derecho de pretender lo mismo en el futuro.

Este tipo de desistimiento es intentado estratégicamente por el actor cuando advierte en el curso del proceso que puede llegar a perder su pretensión, entre otros motivos, por:

a) defecto en la afirmación de los hechos relatados en su demanda y puestos de manifiesto por el demandado; o

b) por inadecuada descripción de la imputación jurídica efectuada respecto de aquellos hechos; o

c) por insuficiencia en la actividad confirmatoria que, de hecho, es el más común de los supuestos que explican este tipo de desistimiento.

Entendidos los motivos que pueden generar el desistimiento del proceso, se comprende fácilmente la razón por la cual desde siempre es de carácter *bilateral*: es obvio que si el actor intenta abandonar el proceso es porque colige que, al final, perderá su pleito por sentencia adversa a sus intereses; y su natural consecuencia es la de que el ganador será el demandado.

Y si tal cosa ocurre, éste quedará a salvo para siempre de ser nuevamente demandado gracias a los efectos del caso ya juzgado que tendrá la sentencia que rechazará la pretensión actora por mal deducida o por no probada.

De ahí la exigencia de que este medio sea bilateral. Es decir, que el demandado que puede llegar a beneficiarse con la sentencia que eventualmente se dicte en el proceso sea oído al respecto (cosa que no ocurre en el desistimiento de la pretensión) y que acepte esa solución que puede exponer su paz futura.

De más está decir que, dado el carácter bilateral señalado, si el demandado se opone al desistimiento del proceso, éste debe seguir su curso.

Los *efectos* que produce este medio de finalización del proceso son:

1) termina el proceso;

2) genera la carga de imposición de costas del proceso desistido al actor resistente (art. 229).

1.4. EL MEDIO BILATERAL TÁCITO: LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

También conocido como *perención de la instancia* o *caducidad de la instancia procesal abierta a partir de la admisión de una demanda* o *de un recurso,* es el medio que utilizan las partes procesales para lograr, con su propia recíproca inactividad durante un cierto lapso, la finalización del proceso sin que haya desistimiento de la pretensión, ni allanamiento a la pretensión, ni transacción.

En otras palabras: dado que el proceso está constituido por una secuela de actos consecutivos que van cerrando etapas en procura de su objeto (la sentencia), la caducidad opera por mandato de la ley cuando ambos litigantes abandonan la actividad que a cada uno le corresponde realizar, dejando así de producir los actos necesarios para que el proceso avance hacia su objeto (art. 232).

Por supuesto, se descarta en esta afirmación toda actividad oficiosa del juez que produzca un acto impulsor del procedimiento, pues ya se ha mostrado

antes de ahora que ello es inconciliable dentro del desarrollo de un sistema acusatorio puro. No obstante, rige en plenitud en todo tipo procedimental que adopte el enjuiciamiento inquisitivo. A raíz de ello, y dado que este sistema es el que impera en CPC SFE, toda intervención oficiosa del juez que resulte ser impulsoria del procedimiento tendrá como inexorable efecto el de purgar el de interrumpir el curso de la caducidad.

El origen autoritario de este medio se ve claro cuando se advierte la intromisión del Estado en la esfera de voluntad de los particulares que litigan, máxime cuando lo hacen a base exclusiva de derechos transigibles.

Finalmente, la *bilateralidad* del medio es obvia a poco que se recuerde que el proceso es un método de debate dialogal entre dos antagonistas en pie de igualdad, por lo cual es a *ambos litigantes* a quienes compete realizar la tarea de instar para hacer avanzar el desarrollo del proceso hacia su objeto final: la sentencia.

Personalmente, soy contrario al instituto de la caducidad de instancia pues, con los años, he visto el gran daño que se hace con su utilización, máxime cuando algunos jueces desaprensivos en su satrapía la declaran de oficio –inexplicablemente, aunque la ley tolere su actuación– so pretexto de que tienen que *limpiar sus casilleros atiborrados de expedientes,* lo que les sirve de inmediato para mejorar estadísticas de asuntos en trámite.

Confieso que en alguna oportunidad intenté sin éxito la eliminación en el texto legal del instituto de la caducidad. Hoy, y maguer su claro origen estatista, me he convencido de la necesidad de mantenerlo para buscar una solución final a casos extremos que, de otra manera, nunca lograrían ser archivados.

Para ello, he pensado en eliminar por completo la declaración oficiosa y aceptar el pedido de *cualquiera* de las partes una vez transcurrido el plazo legal, con tres condiciones: a) que tal plazo carezca de efecto preclusivo, de modo que el acuse de caducidad nunca será sorpresivo para la contraria; b) que las costas del proceso principal sean siempre por su orden y c) que se abandone la exigencia de la indivisibilidad.

De tal manera, conferido el traslado del caso, el actor (o el demandado) podrá allanarse a la declaración o, en su caso, manifestar su interés en continuar litigando. En esta hipótesis imagino que el proceso seguirá su curso normal y se requerirá el curso de un nuevo plazo completo para que, ahora sí, opere la caducidad a pedido de parte.

Sentadas las opiniones personales respecto de la institución, veamos ahora cómo opera en la mayoría de las legislaciones americanas, dentro del claro sistema inquisitorial que rige en todas ellas.

a) *Condiciones de procedencia*

Inactividad de las partes litigantes durante un plazo de: a) un año en los juicios que tramitan ante la Justicia de Distrito (art. 232 y LOPJ, 70 y ss.); b) seis meses en los que radican ante la Justicia de Circuito (art. 232 y LOPJ, 109 y ss.); c) 90 días, incluidos los inhábiles, en el arraigo por no constituir el actor la respectiva caución (art. 331); d) igual plazo por incumplimiento de leyes fiscales que originaron paralización del procedimiento (art. 242); e) 15 días en las medidas precautorias (art. 286) y preparatorias (arts. 394 y 451) y en el juicio de alimentos efectuado antes de la demanda de divorcio (art. 533); f) en el acto, por inasistencia injustificada de ambas partes a la audiencia de vista de la causa en el juicio oral (art. 559). Ello incluye a los incidentes (excepto el propio incidente de perención, que no caduca) (art. 240).

La declaración de caducidad no procede en el proceso de ejecución de sentencia, ni en los actos de jurisdicción voluntaria ni en los juicios universales (art. 238). Tampoco procede, en cualquier tipo de juicio, estando los autos pendientes de resolución (art. 232).

El plazo de caducidad comienza el día siguiente (hábil o no) al del último acto impulsorio y vence conforme a las pautas de CC, 25 y 26 (forma de contar los plazos en meses o años). Rige el día de gracia (art. 70).

b) *Formas de operar*

Dos sistemas antagónicos se conocen en las leyes americanas:

b.1) uno bien extremo, en el que *la caducidad opera de pleno derecho,* con lo cual no se exige el pedido de parte ni declaración judicial alguna. Transcurrió el plazo y caducó el proceso. Y punto.

Por obvias razones lógicas, el sistema no admite la purga del plazo transcurrido por consentimiento de la parte a quien puede beneficiar la declaración;

b.2) uno más razonable, que exige la expresa declaración judicial. Y éste se subdivide en dos subsistemas:

b.2.1.) el que autoriza al juez a pronunciar oficiosamente la declaración cuando el plazo ha transcurrido y

b.2.2.) el que deja librada su declaración a la instancia de una de las partes procesales.

Este último, en sus dos variantes, es aceptado por CPC SFE (art. 233).

c) *Contra quienes opera*

El curso de la caducidad corre contra el Estado y contra los incapaces (art. 234) y en los incidentes excepto en el propio incidente de perención (art. 240).

d) *Efectos de la declaración*

Cuando la caducidad se produce:

d.1) antes de la sentencia de primera instancia o antes de su notificación a las partes, no extingue el derecho de pretender, que puede ser hecho valer nuevamente en otro juicio (art. 236, sin perjuicio de lo dispuesto en CC, 3987 respecto de la prescripción), en el cual las partes pueden usar las pruebas del trámite caduco (art. 237);

d.2) cumplida la notificación, de la sentencia de primera instancia, la caducidad da fuerza de caso juzgado al fallo apelado (art. 236) aun cuando el expediente se encuentre radicado en primer grado de conocimiento (íd).

Perimido el principal, quedan perimidos los incidentes (art. 240).

2. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO POR MEDIO DE ACTIVIDAD JUDICIAL

Si el proceso no finaliza por alguno de los medios autocompositivos vistos hasta ahora, es menester que el juzgador le ponga un punto final a efectos de archivar la causa o de permitirle el dictado de la sentencia que constituye su objeto y que se supone heterocompondrá el litigio.

Para cumplir esa finalidad, y en general, el juez puede: 1) llamar autos para sentencia (para lo civil y lo penal); 2) homologar un acuerdo de partes (ídem); 3) sobreseer el enjuiciamiento o la ejecución (ídem); 4) absolver la instancia (para lo civil); 5) ordenar el archivo de la causa (para lo penal) y 6) declarar la existencia de falta de mérito para proseguir el enjuiciamiento (penal). Los vemos a continuación.

2.1. EL LLAMAMIENTO DE AUTOS

Concebido el proceso –cual lo ha sido en toda esta obra– como un método reglado para que dos antagonistas debatan dialogalmente ante un tercero que los dirige al efecto, parece obvio que la discusión termina cuando quienes discuten dejan de hacerlo o, mejor aún, cuando no pueden seguir haciéndolo.

Y ello ocurre cuando finaliza la etapa de alegación y el juzgador da por terminada la actividad de procesar el litigio utilizando al efecto una fórmula de antiquísima data: llamá *autos para sentencia,* o *autos para sentenciar,* o *autos para la definitiva* o, simplemente, *autos* (juicio ordinario, art. 407; juicio sumario, art. 412; juicio ejecutivo, art. 477; apelación en modo libre, art. 372 y apelación en relación, art. 380). No ocurre esto en el juicio sumarísimo (art. 415).

Si después de presentados los alegatos y antes del llamamiento de autos para sentencia se agregan diligencias de pruebas, rige el art. 154. Para las que se agregan después de la providencia de autos, rige el art. 150.

Por supuesto, la providencia de trámite que ello ordena debe ser notificada a las partes (por cédula, art. 62, 7°, salvo rebeldía, art. 78) y consentida expresa o tácitamente por ellas, a fin de que pueda ganar efecto preclusivo (art. 108) y, así, comenzar a correr el plazo acordado al juez por la ley para emitir su sentencia.

En muchas legislaciones esta providencia tiene un notable efecto saneador: su consentimiento liso y llano impide plantear luego la nulidad de actos de alguna forma viciados y cumplidos durante el todo el curso procedimental, con lo cual se elimina la posibilidad de mantener larvados planteos impugnativos a base e ellos para ser luego llevados a la alzada.

2.2. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

Castizamente, *homologación* es la aceptación o aprobación de un acto por parte de la autoridad oficial, por estar acorde con las reglas que rigen su validez. En el Derecho, el vocablo se utiliza con el mismo exacto sentido.

Los códigos antiguos no legislaban acerca de esta categoría de sentencia (por ej.: SFE) que sólo pone un *fin formal* al proceso pero sin expedirse acerca del litigio, toda vez que, en lo sustancial, han sido las propias partes quienes han decidido terminarlo por algún medio autocompositivo.

En la Argentina, este tipo de sentencia aparece después de que la *homologación* fue usada por el Poder Ejecutivo respecto de lo actuado en el ámbito laboral, donde sí tiene importancia.

Recuérdese que en el # 1.3.1.1. de esta Lección he señalado que el juez debe *homologar* la transacción en sus aspectos extrínsecos. Y también que el juez laboral debe hacer lo propio respecto de las transacciones habidas entre obreros y patronos, pero expidiéndose también respecto de algún requisito intrínseco del acto para salvaguardar la equidad del trato. Lo cual es réplica de los requisitos de origen. Pero en materia de derecho privado carece de toda importancia en lo sustancial, ya que si el objeto de toda transacción debe ser necesariamente una *cosa transigible*, el juez no puede interferir en la esfera de libertad de las voluntades de los transigentes.

Lo mismo debe ocurrir en materia penal en los regímenes que aceptan la posibilidad de que acusador y acusado acuerden cualquier cosa respecto de la pretensión punitiva, al igual que de la resarcitoria.

2.3. EL SOBRESEIMIENTO

Se entiende castizamente por *sobreseimiento* a *la acción y el efecto de sobreseer.* A su turno, esta voz significa *desistir de la pretensión o del empeño que se tenía* y, también, *cesar en el cumplimiento de una obligación* de donde, extensivamente, se utiliza en el derecho desde antaño con el sentido de *cesar una instrucción sumarial* y *dejar sin curso ulterior un procedimiento cualquiera.*

Esto ocurría en el enjuiciamiento penal: cuando en la etapa de investigación sumarial previa al juicio propiamente dicho no había prueba suficiente para lograr la convicción del juez acerca de la imaginada verdad de la existencia de un hecho punible o de la sospechada autoría del imputado por tal hecho, se *sobreseía el procedimiento* a la espera de la aparición de nuevos medios probatorios que permitieran lograr un convencimiento tal de ambas circunstancias que posibilitara la condena.

A consecuencia de ello, el sobreseimiento era siempre *provisorio* pues, insisto, se dictaba en la etapa de la investigación sumarial previa al acto del juzgamiento. Éste era dado posteriormente por el juez en la etapa denominada *plenario* o de *juicio propiamente dicho,* después de que hubiera formal acusación contra el hasta entonces *sospechado* y, desde ahora, *imputado* o *acusado* respecto del delito investigado acerca de cuya existencia ya no tenía dudas el juzgador. Y en tal plenario, haciendo el juez un verdadero acto de juzgamiento acerca de las circunstancias señaladas, *condenaba* o *absolvía.* Con lo cual se terminaba el litigio que había originado el proceso.

De ahí que, con tal sobreseimiento provisorio, se dejaba abierta *sine die* la causa penal, mostrando con ello la existencia de una verdadera espada de Damocles sobre la cabeza del investigado, quien no perdía jamás su condición de tal.

Posteriormente también fue necesario recurrir al dictado del sobreseimiento aun en la etapa del plenario, cuando *no se juzgaba una conducta* sino que *se verificaba un hecho ajeno a la propia voluntad del imputado* y que tenía obvia relevancia para impedir la continuación del juicio.

Y, por supuesto, ello debió adquirir carácter *definitivo*, ya que no era razonable aceptar una simple provisionalidad "*a la espera de...*". El mejor ejemplo de esto es el de la *muerte del imputado*: como obviamente un muerto no podía ser juzgado y, sin embargo, el procedimiento debía terminar sí o sí por un acto del juez, éste sobreseía el procedimiento por la simple razón de que no era lógico continuarlo ante la imposibilidad de eventual condena.

La historia más reciente siguió ampliando correctamente los supuestos de procedencia del dictado de sobreseimiento: la desaparición del tipo penal im-

putado, la amnistía, el indulto, la prescripción liberatoria, etc. Y hasta aquí, parece todo sencillo y fácil de entender.

Sin embargo, en las definiciones autorales propias de finales del siglo XIX y, mucho más en las presentadas ya en el siglo XX, comenzaron a aparecer otros supuestos de sobreseimiento que parecen incoherentes con lo recién explicado.

El primer supuesto fue denominado en la ley con el tecnicismo de *inexistencia del hecho causal.* Y parece claro que el caso puede generar un sobreseimiento, toda vez que, nuevamente, se trata de verificar si un hecho existió o no. Y punto.

De tal modo, parece razonable aceptar que si el juez advierte en la etapa del plenario, y por lo que fuere, que el hecho causal de la pretensión punitiva no existió, el juzgamiento debe ser interrumpido pues no habrá posibilidad alguna de reprochar conducta por lo no acaecido.

Pero no ocurre lo mismo en el otro supuesto: el de falta de autoría, en el cual parece razonable sostener –para decir que el imputado no es el autor del hecho– que el juez debe hacer *un verdadero juzgamiento*. Por ello, la solución técnica de la ley debe ser la de la absolución y no la del sobreseimiento, sin importar en cuál de las etapas del juicio se realiza: si durante la instrucción o en el plenario.

2.4. LA ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA

Al igual que lo que se vio respecto del sobreseimiento, este medio de terminación judicial se caracteriza porque la respectiva sentencia que lo contiene pone fin al proceso pero deja subsistente el litigio.

En algunas legislaciones recibe la denominación de *sentencia inhibitoria,* con el significado de que, al emitirla, el juez *falla* diciendo que *no puede fallar* dictando sentencia sobre el fondo del asunto litigioso, pues alguna razón se lo impide. A raíz de ello, se inhibe de continuar actuando en la causa. Con lo cual es claro que se pone fin al proceso que, a partir de ahora, carece nada menos que de juez que lo sustancie asegurando la igualdad de las partes.

Al igual que el del antiguo sobreseimiento, su efecto siempre es provisional y no alcanza jamás la calidad de *caso juzgado*. Y ello, precisamente y haciendo juego de palabras, porque el *caso no fue juzgado*.

Ejemplos de sentencias que absuelven la instancia se ven a diario: la que declara la incompetencia del juez, la que cierra el proceso porque no están presentes en él todos quienes deben intervenir en el debate de un hecho inescindible y la ley exige la presencia de todos los interesados para que la sentencia a

dictar no sea de imposible cumplimiento, la que declara la caducidad de la instancia, la que acepta el desistimiento del proceso por acuerdo de partes, la que acoge una excepción dilatoria, etc.

2.5. EL ARCHIVO DE LA CAUSA

En los últimos años y siempre operando dentro del sistema inquisitorial, que acepta despreocupadamente denuncias y actuaciones oficiosas, para cerrar la etapa sumarial de una investigación que no se ha desarrollado aún en forma suficiente como para sobreseer por alguna de las causales ya vistas de inexistencia del hecho y de falta de autoría, los jueces ponen fin al sumario ordenando sin más su archivo.

Obvio es decir que, por ausencia de juzgamiento, no puede causar efecto de caso juzgado. De donde siempre ostentará carácter provisorio.

2.6. EL AUTO DE FALTA DE MÉRITO

Los jueces que prohíjan desde siempre y hasta hoy la vigencia del sistema inquisitorial de investigación y condena anticipada y cautelar de los delitos, nunca se conformaron con la abolición del *sobreseimiento provisional*, el cual sería visto actualmente con muy buen grado por la justicia mediática que gobierna el sistema.

Esas ansias de lograr una investigación perdurable hizo que, en algún momento de la codificación argentina y luego de hallarse vigente el sobreseimiento definitivo como indudable conquista de la civilidad frente al poder, se volvió alegremente al pasado, reinstalando la figura bajo la denominación ahora de *auto de falta de mérito.*

Es ésta la resolución que se dicta en la etapa sumarial o de investigación previa cuando el juez carece de convicción acerca de la culpabilidad del imputado y, por ello, no sabe si procesar o sobreseer. Lo notable del caso es que, según pacífica interpretación de la doctrina procesal penal del país, no cabe aplicar acá el brocárdico *in dubio pro reo,* so pretexto de que ello sólo corresponde al juzgamiento propio del plenario.

Hay leyes que toleran esto y le ponen un límite: el del plazo acordado para el desarrollo de la investigación. Y ello, frente a lo que luego explicaré, puede derivar en solución aceptable pues, al fin y al cabo, si la investigación dura –por ejemplo– noventa días y al décimo el juez no sabe qué hacer, coloca el proceso en una suerte de *stand by* hasta el final del plazo, a la espera de la aparición de elementos confirmatorios suficientes para formar su convicción.

Pero hay otros códigos que no tienen ese límite y, así, dejan subsistente el proceso durante todo el plazo necesario para que opere la prescripción liberatoria del delito imputado (de la *acción penal)*. Con lo cual se ha regresado disimuladamente al ominoso pasado, al colocar al imputado bajo una espada pendiente de un hilo sobre su cabeza durante lo que puede ser a veces larguísimo tiempo, en el cual estará siempre sospechado y sujeto al capricho de lo que puede ser perverso ejercicio del poder.

LECCIÓN 23

LA EFICACIA DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA

SUMARIO

1. Eficacia del proceso
2. Efectos del método de discusión
3. Efectos de la sentencia

1. LA EFICACIA DEL PROCESO

Se entiende castizamente por *eficacia* la capacidad para obrar o producir el efecto deseado.

Si se tiene en cuenta cuál es la razón de ser del proceso que ya expliqué en la Lección 1 y se admite que el proceso no es método de *investigación* ni de *control social* ni de *opresión popular*, se concluirá fácilmente en que es un método de *debate pacífico y dialéctico* que, aceptado hoy por la mayoría de las Constituciones modernas como el último bastión de la libertad del hombre, logra su eficacia al mostrar un obvio efecto; el de pacificar a los pueblos al evitar que cada uno se haga justicia por mano propia sobre otro.

Desde esta óptica, parece claro que las consecuencias que ello genera se producen durante el desarrollo mismo del debate, y mucho más, por añadidura, cuando se ha logrado culminar en su objeto: la emisión de la sentencia que pone fin al litigio. Los explico a continuación.

2. LOS EFECTOS DEL MÉTODO DE DISCUSIÓN

Por de pronto, quien incoa un proceso abdica implícitamente de hacer uso de la fuerza ilegítima, prohibida desde siempre en nuestras sociedades.

Y éste es ya, y en sí mismo, un efecto notable que muestra las bondades de este invento de la civilidad, al cual he calificado en la Lección 1 como mucho más importante que el de la rueda.

Empero, además de evitar la justicia por mano propia, logra durante su desarrollo una indudable y fácilmente comprobable pacificación de los ánimos.

Cierto es que hay litigios –particularmente los que se desarrollan entre hermanos– que son terribles y, a veces, cuasi sangrientos. Pero el común denominador de los pleitos indica que, mediante su demorado y a veces moroso desarrollo, se aplacan los ánimos inicialmente exacerbados y se pierde interés en el mantenimiento de la lucha (esto es lo único que puede explicar, lógicamente y por ejemplo, la caducidad de la instancia por falta de actividad procesal de las partes).

Además, un pleito prolongado en el tiempo –por las razones que fueren– hace que las partes sean proclives a una solución autocompositiva que, muchas veces, se logra para beneficio de los interesados y de la misma comunidad. A tal punto esto es cierto que estadísticas serias efectuadas en tribunales de mi ciudad revelan que más del setenta por ciento de los pleitos incoados terminan por medios autocompositivos.

Más allá de estos efectos que se advierten como consecuencia de la sola existencia de un proceso pendiente, cuando éste logra su objeto de que un juzgador emita una sentencia, los efectos se potencian pues, ahora, las repercusiones jurídicas de la solución afectan más profundamente a la relación entre los sujetos litigantes. Los explico.

3. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

El tema será desarrollado en la Lección siguiente. Por ahora, adelanto que:

a) *cualquiera sea el tipo de sentencia* de que se trate (interlocutoria o definitiva), gana ciertos efectos que se vinculan con el propio juzgador que la dictó y con las partes que la reciben durante el curso del proceso o como objeto de éste.

Tales efectos aparecen en momentos diferentes, inmediatamente después de:

a.1) *dictada la sentencia y antes de haberse iniciado el acto de su notificación a las partes litigantes:* el juez conserva la facultad de revocarla o modificarla en la forma que desee pues, por ahora, la norma contenida en su pronunciamiento está situada en la esfera de su propia intimidad (art. 21, últ. párr.);

a.2) *haberse iniciado el acto de la notificación de la sentencia a las partes litigantes y antes de que ellas conozcan la existencia del acto:* el juzgador pierde toda competencia para modificar su pronunciamiento, para lo cual ahora se exige pedido expreso de parte interesada al efecto (art. 248);

a.3) *haber sido notificada la sentencia a una cualquiera de las partes litigantes* (atención: para el nacimiento de este efecto no hace falta que lo hayan sido las dos): concluye para el juez la cuestión litigiosa y pierde automáticamente su competencia para *continuar* (salvo en cuestiones accesorias) o *reabrir* el proceso y para *variar* o *modificar el contenido de la sentencia* (art. 248) (salvo para aclarar conceptos oscuros, subsanar errores o suplir omisiones de la sentencia, todo a pedido de parte, art. 21);

a.4) *haber sido admitido por el juez un medio cualquiera de impugnación contra su sentencia presentado por alguna de las partes:* se reabre la competencia perdida (ver *supra*, a.2) al sólo efecto de admitir o denegar el medio impugnativo de que se trate y de cumplir luego el procedimiento que corresponda a cada una de esas posibilidades de actuación;

b) cuando la *sentencia adquiere firmeza* por consentimiento de las partes litigantes o por haber agotado los interesados en hacerlo toda la cadena impugnativa que tolere o admita el respectivo pronunciamiento, surge otro efecto de la mayor importancia: se opera la preclusión respecto del tema resuelto, a raíz de lo cual el proceso avanzará sin poder retrotraerse y deberá cumplirse sin más lo ordenado en tal sentencia;

c) cuando la sentencia que adquiere firmeza es la *definitiva*, se generan otros efectos que le son propios:

c.1) adquiere el carácter ejecutorio del mandato judicial contenido en ella;

c.2) gana la calidad de *caso ya juzgado;*

c.3) nace para las partes un nuevo plazo de prescripción liberatoria, el de la *actio judicati*, diferente al propio del hecho que originó la relación causal ya juzgada.

Lógicamente, nada exige que quien sentencie la pretensión sea la misma exacta persona física que procesó la discusión, aunque todo el mundo acepte tal afirmación como una verdad sabida y obvia luego de sostener ilusamente tal cosa la doctrina que postula que la inmediación procesal es la única forma de hacer verdadera justicia.

LECCIÓN 24

EL COSTE DEL PROCESO

SUMARIO

1. El problema y sus posibles soluciones
2. El coste del servicio
3. El coste de la defensa: criterios
   3.1. Objetivo
   3.2. Subjetivo
4. La condena en costas
   4.1. Conforme con el criterio objetivo
      4.1.1. La regla general: costas por su orden
      4.1.2. Excepciones a la regla: costas al vencido
      4.1.3. Excepciones a la excepción
   4.2. Conforme con el criterio subjetivo
   4.3. Otras situaciones
   4.4. Contenido de las costas
   4.5. Alcances subjetivos de la imposición
   4.6. Naturaleza de la obligación de pagar costas
5. El cobro de las costas

1. EL PROBLEMA

Ya adelanté en la Lección 9 que el ideal de gratuidad del servicio de justicia, que se halla entronizado en el mundo moderno, no se corresponde con lo acaecido en épocas pasadas y con lo que ocurre en algunos de los países de Latinoamérica, particularmente en la Argentina: muchas veces se ha encarecido severamente el *acceso al proceso* como forma de disminuir un elevado índice de litigiosidad.

Tal vez en la Argentina el tema no pase por ese meridiano sino por el del enorme y permanente apetito voraz del Fisco, que siempre encuentra un nuevo filón para alimentar sus arcas, a disposición de los caprichos de los políticos de turno.

Tan importante es el problema que gran número de constituciones políticas de la actualidad aseguran un efectivo servicio de justicia económico a fin de no vedar a los particulares el auxilio judicial por carencia del dinero necesario.

Y es que una constatación incuestionable inicia cualquier planteo sobre el tema: *todo proceso insume gastos.* Y ello no puede evitarse jamás, como no puede soslayarse el coste de cualquier servicio brindado por el Estado a la comunidad.

De ahí que el problema que genera el tema en estudio no pasa por determinar la mayor o menor onerosidad del proceso sino por decidir de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de ella.*

Por supuesto, la respuesta es también alternativa: los propios litigantes (beneficiarios directos del servicio) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales).

Para decidir al respecto, bueno es presentar diferenciadamente las dos aristas que se ven con facilidad sobre el tema: el coste del servicio y el de la defensa.

2. EL COSTE DEL SERVICIO

El mantenimiento del servicio tribunalicio insume importante erogación del Estado, en cuyo presupuesto se prevén anualmente las partidas correspondientes a la retribución de los servicios que prestan al efecto los jueces de todas las instancias y los funcionarios y numerosísimos empleados que los secundan en la realización de las tareas de procesar, sentenciar, cautelar y ejecutar lo sentenciado. Además, las previstas para solventar los gastos propios del normal funcionamiento de los tribunales: luz, teléfono, computadoras, máquinas, papel, lápices, etc.

Estas tareas y servicios deben ser solventados *sólo* por el Estado que, en tren de cumplir el objetivo constitucional de *afianzar la justicia,* debe contar con presupuesto adecuado al efecto y no entorpecer el ingreso al proceso imponiendo para ello gabelas que resultan ser más altas cada año que pasa.

En este estado de cosas, el coste del ingreso al proceso es carísimo en muchas partes. Y es asaz claro que ello debe ser revertido para no hacer ilusoria la más importante garantía constitucional protectora de la libertad y de los demás derechos otorgados por la Carta magna. Por si ello fuere poco, la norma contenida en el art. 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* impone a los Estados-Partes la obligación de adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y garantías establecidas en ella: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (art. 8 de la Convención).

Dejando de lado esta parte del coste tribunalicio, queda todavía otro muy importante y que es el que insume la defensa de los intereses particulares, máxime cuando el propio Estado exige –con muy pocas excepciones– la representación abogadil para litigar en juicio.

3. EL COSTE DE LA DEFENSA: CRITERIOS

Ya se dijo recién que un pleito requiere la presencia de abogados y procuradores que actúan percibiendo honorarios en concepto de retribución de sus servicios.

Y, salvado el coste institucional a cargo del Estado, parece claro que tal retribución debe ser afrontada por el propio particular que busca la mejor defensa para sus intereses en litigio.

En este orden de ideas, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, adelanto que se entiende por *costas* la suma de erogaciones que debe afrontar toda parte como consecuencia de intervenir en un proceso judicial o arbitral.

Aunque se discute cuál debe ser el contenido de esas *erogaciones,* habitualmente se incluye en ellas a los impuestos y tasas judiciales, a los honorarios de los abogados, procuradores y peritos coadyuvantes en la defensa de los intereses en litigio y todas las derivaciones económicas que pueden surgir de la producción de los diferentes elementos de confirmación, etc. El problema que se plantea a partir de este concepto es el de saber si ese conjunto de erogaciones que cada parte debe abonar en pro de su defensa en juicio, puede ser repetido de quien originó la necesidad de acceder al proceso, cuando él ha resultado perdedor en la pretensión litigiosa.

En otras palabras: parece claro –y en cuanto a la intervención de los letrados, por ejemplo– que si un abogado actúa como mandatario de la parte que litiga, ésta debe abonar la retribución que cubra adecuadamente el ejercicio del contrato de mandato. A la postre, esto es sólo el cumplimiento de elemental obligación de todo mandante: la de abonar al mandatario lo actuado en virtud del convenio (CC, 1627 y 1952).

Distinto es el caso cuando se trata se establecer si ese pago puede ser repetido de otro litigante, particularmente de quien ha perdido el pleito.

Para ello, es menester *generar en él un obligación civil* que no tiene su origen en el *contrato* sino en otras fuentes de las obligaciones: o la propia *ley* o

la *culpa* o el *dolo* (incardinando el tema en fuente que no es el contrato ni la ley: delito o cuasidelito).

Y eso es, precisamente, lo que hace todo juzgador (los jueces de cualquier grado o instancia, los conjueces, los árbitros y los arbitradores) cuando *impone costas:* genera una obligación inexistente hasta ese momento, y que muestra un deudor, un acreedor y una prestación de dar suma de dinero que se establecerá al tiempo de regular los honorarios del caso. Además, y esto es obvio, debe tener una *causa* (CC, 500): y eso es, precisamente, lo que lleva a la consideración del punto que sigue.

Para establecer un *sistema de imposición de costas*, el legislador debe partir de una regla general obvia de toda obviedad: *cada parte procesal debe pagar de su peculio sus propias costas y la cuota proporcional que le corresponde en las comunes*[1].

A estos efectos, son *costas propias* las que se producen con motivo de la actuación individual de cada uno de los litigantes y son *costas comunes* las producidas por la actividad conjunta de ellos o del órgano judicial, cuando procede de oficio (por ejemplo, medidas para mejor proveer).

Y, ahora, para que el juez pueda efectuar la correspondiente imposición, el legislador normará el tema con criterios diferentes según la posición que muestre frente a la fuente de obligación que elija al efecto: ordenará la aplicación de un criterio que puede ser *objetivo* (la fuente de la obligación es la *ley*) o *subjetivo* (tal fuente es la *culpa* –o el dolo– como generadoras de la responsabilidad que explica el tema) y que, luego se verá, muestran diferentes contenidos y argumentos para sostenerlos.

Pero lo que debe quedar en claro es que, sistémicamente, no pueden juntarse ambos criterios pues son claramente antagónicos.

Veamos seguidamente el tema.

3.1. EL CRITERIO OBJETIVO DE IMPOSICIÓN DE COSTAS

Este criterio parte de la idea de *plena reparación* que preside toda indemnización de carácter civil (CC, 1969) y muestra un exacto y adecuado sentido

1 Ya se verá luego en el texto que no es esto lo que ha ocurrido, por ejemplo, en el CPCN ni en los demás que lo han tenido como norte, en los cuales se establece que la *regla general* es la de que *el vencido paga las costas*. Con lo que el tema queda sin solución cuando, por ejemplo, no hay vencimiento, toda vez que no hay regla anterior a la cual ocurrir.

de justicia: si quien debe litigar judicialmente para lograr la declaración o la constitución de un derecho y, a veces, la obtención de una condena a realizar alguna prestación, ha de hacer frente necesariamente a gastos para lograr el acogimiento de la respectiva pretensión, es razonable que obtenga la devolución de ellos (CPCN, 68). De otra forma no podría haber reparación *plena* ni se preservaría íntegro el derecho acordado en la sentencia dictada con motivo del proceso.

Pero atención: este principio del derecho civil ostenta en el caso una clara naturaleza procesal, de momento que su imposición se genera en un proceso y como consecuencia de así disponerlo la ley.

Y ello, conforme con antigua enseñanza de Chiovenda: "debe impedirse en lo posible que la necesidad de servirse del proceso para la defensa de un derecho controvertido se convierta en daño para quien se ve constreñido a demandar o a defenderse en juicio para pedir justicia".

Y eso es lo que se logra, precisamente, con la imposición de costas que debe soportar el vencido cual simple consecuencia del vencimiento.

Como se ve, se trata de un criterio puramente objetivo: *el que pierde paga,* no importando al efecto las razones que tuvo para resistir la pretensión pues la regla no sufre ni puede sufrir influencias subjetivas que le harían perder su objetividad.

Si bien se mira, es la regla más justa que puede ser imaginada y no deja margen alguno para imponer la arbitrariedad judicial tan en boga actualmente a partir de la actuación al margen de la ley de los jueces decisionistas que pululan por toda América al socaire de los códigos procesales.

Claro está que la regla del vencimiento debe tener excepciones también objetivas que han de ser prolijamente establecidas en la ley a fin de evitar situaciones de injusticia notoria. Y con ello, como luego se verá, se arma un sistema coherente y hermético como el que se halla vigente en CPC SFE.

3.2. EL CRITERIO SUBJETIVO DE IMPOSICIÓN DE COSTAS

Este criterio parte de la idea de *sanción* que debe sufrir quien ha perdido un pleito, por el solo hecho de haberlo posibilitado, haciendo que el pretendiente necesitara ocurrir al tribunal para lograr la declaración o la prestación que le era negada en el plano de la realidad social y, también, que el resistente debiera hacer frente al litigio para permanecer con su estado de libertad incólume.

Por eso es que ya no se habla de *reparación* sino de *sanción* a quien ha mostrado dolo o al menos *culpa* en el mantenimiento del proceso, por haber actuado en la emergencia con imprudencia o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

De gran importancia fue la doctrina francesa del siglo XIX, que puso énfasis en la obligación de responder por los daños y perjuicios en el patrimonio del litigante; conforme con ello, la condena en costas toma cuerpo como resarcimiento basado en la idea de culpa o, mejor aun, en la presunción de culpa emergente de la pérdida del pleito. Con lo cual, nuevamente, no cabe hablar de *reparación* sino de *sanción*.

Y es el que preside la normación uruguaya, por ejemplo (ver los arts. 58, 59 y 60 de su CPC[2]).

Conforme con este criterio, la índole subjetiva del asunto se utiliza tanto para eximir de costas al litigante vencido como para imponerlas al vencedor.

Fácil es advertir ahora que si la imposición de costas es una sanción que el juez hace a un litigante a base de un criterio puramente subjetivo, es posible que –razonando ahora a partir de su propia subjetividad– crea que el perdedor no merezca la sanción y, así, la obvie.

En otras palabras: que *la perdone* y, a consecuencia de ello, no imponga costas al vencido. Con lo cual los respectivos costes habrán de ser soportados por los diferentes interesados en calidad de mandantes y sin poder repetir de la contraparte lo que deban abonar al efecto por haber litigado. Y todo, gracias a ese perdón judicial.

Cabe aclarar ahora que la eximición de costas al vencido sólo alcanza a las que corresponden a las de la parte vencedora, nunca a las propias, que siempre corren a su cargo.

Aunque en el fondo subyace en esta tesitura un criterio de justicia que permite premiar, por ejemplo, la razón probable o plausible para litigar, el resultado adverso por un abrupto cambio jurisprudencial o por inusuales dificultades probatorias, etc., no puede ser aceptada desde una óptica puramente sistémica.

2 Art. 58: "*Condena al actor:* cuando resultare de los antecedentes del proceso que el demandado se ha allanado a la demanda dentro del término para contestarla y que no ha dado motivo a su interposición, el actor será condenado a pagar todas las costas y costos del proceso. También podrá condenarse en costas y costos al actor cuando el demandado hubiere efectuado un allanamiento parcial y la sentencia sólo acoja la demanda en parte". Art. 59: "*Condena en caso de litisconsorcio:* tratándose de condenada al pago de costas y costos del proceso contra litisconsortes, el tribunal, atendidas las circunstancias del caso, determinará si la condena es solidaria o la forma en que habrá de dividirse entre aquéllos". Art. 60: "*Responsabilidad del apoderado:* el apoderado podrá ser condenado en costas y costos, solidariamente con su representado, cuando de su actividad procesal surja, en forma manifiesta, que existe mérito para ello". Por lo demás, si se lee con detenimiento la magna obra que gira alrededor del tema gracias a la pluma del grande e indiscutible maestro Couture, se advertirá que no tiene en cuenta a la *ley* como fuente de la obligación de imponer costas.

Y es que todo lo que se aparta de la pura objetividad que he defendido con tenacidad en el curso de esta obra, facilita grandemente el ejercicio de la arbitrariedad que, entronizada desde hace años en la Justicia argentina, nos ha llevado a la caótica y cuasi terminal situación actual.

Por eso es que el abandono del criterio objetivo debe hacerse excepcionalmente, con interpretación altamente *restrictiva* y, en todo caso, explicando adecuadamente el juez la razón por la cual ordena a su arbitrio la eximición de las costas del perdedor a favor del vencedor.

Por todo esto es que explicaré seguidamente el tema desde la aceptación del criterio objetivo y a partir de la idea que muestra que no necesariamente en la *culpa* debe buscarse la fuente de la imposición de costas: la *ley* es también una de las *fuentes de las obligaciones* y con sólo mencionarla y adjudicarle esa naturaleza a las costas se obvia toda discusión acerca del tema.

4. LA CONDENA EN COSTAS

Ya expliqué antes que cuando el juez *impone* o *condena en costas* a una de las partes procesales, genera en su cabeza una verdadera obligación del derecho civil cuyo cumplimiento puede llegar a ser constreñido por su acreedor.

Para lograr este efecto debe decirlo expresamente en una sentencia o en resolución dictada a tal fin. Y para esto utiliza diversos sintagmas, diciendo *impongo las costas a...* o, más simplemente, *con costas.*

Caso de no decirlo así, no se genera obligación alguna[3] y, a raíz de ello, cada parte debe soportar el pago de sus propias costas, conforme con la aplicación del contrato de mandato.

4.1. LA CONDENA EN COSTAS CONFORME CON EL CRITERIO OBJETIVO

De acuerdo con este criterio, las leyes que lo aplican establecen reglas y excepciones que no siempre han sido bien explicadas como para conformar plenamente al lector. Intentaré hacerlo seguidamente.

3 Aunque alguna jurisprudencia piadosa haya sostenido que, si el CPCN señala como regla general que el vencido debe pagar las costas, no hace falta mención alguna al respecto en razón de que existe una suerte de automaticidad entre los hechos de perder el pleito y de pagar costas. Por supuesto, y más allá de la buena voluntad de los jueces que esto han sostenido, tal tesis constituye un claro y craso error: no hay obligaciones tácitas (lo que no se expresa o dice formalmente pero que se supone o acepta).

4.1.1. LA REGLA GENERAL DE IMPOSICIÓN DE COSTAS: POR SU ORDEN

Lo recién dicho en el número anterior, justifica sin más que la *regla general* deba ser siempre la de que cada parte paga las propias costas y la proporción que le corresponda en las comunes, si las hay (CPC, 250).

Para lograr esto basta con que el juez guarde silencio respecto de la imposición de costas al momento de sentenciar o que exprese en la misma oportunidad uno de los siguientes sintagmas: *costas por su orden* o *sin costas.*

Y esto opera siempre e irrestrictamente a menos que haya una primera y clara excepción: que una de las partes haya sido vencida en el pleito, cosa que explico a continuación.

4.1.2. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL: EL VENCIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES EN EL PLEITO

En los códigos que aplican el sistema objetivo antes explicado, siempre que una de las partes haya resultado perdedora en cualquier tipo de pleito, el juez debe imponerle las costas como consecuencia directa e inmediata de ostentar la calidad de *vencido* (CPC, 251). Y esto como deber judicial de irrestricto cumplimiento, aunque no haya al respecto pedido alguno de la parte interesada (CPC, 251)[4].

Si así no lo hace se abre –para el ganador interesado en conseguir esa condena a su adversario– la posibilidad de plantear una instancia de *aclaratoria* en razón de haberse omitido resolver el tema en la sentencia de que se trate (CPC, 248).

Y atención: si así no lo hace y precluye el plazo concedido para ello, *no hay imposición de costas* y, en consecuencia, se aplicará sin más la regla general que enseña que cada parte paga sus propias costas (CPC, 250).

A estos fines, se entiende por *parte vencida* la que ha obtenido un pronunciamiento judicial totalmente adverso a su posición jurídica en el proceso (para el actor, ello opera cuando se rechaza su demanda; para el demandado, cuando se acoge aquélla integralmente). Y para la aplicación del concepto, no cabe tener en cuenta para nada la calidad que inviste la parte perdedora ni la índole de las cuestiones debatidas (no interesa para todo esto si la parte es menor o ausente o el Estado, etc.).

4 No siempre es así. Por ejemplo, CPC Paraguay, 222, exige el pedido expreso de la parte. De donde resulta coherente la frase habitual de *pedir costas en caso de oposición*, la que no se explica en otras leyes.

Finalmente: una aplicación simple de esta regla es la que refiere a los vencimientos recíprocos de las partes en litigio: hay en el caso dos ganadores y dos perdedores. Y cada uno paga las costas del otro en la porción en que perdió (CPC, 252), a menos que la reducción de las pretensiones de una de las partes sea relativamente insignificante, en cuyo caso procede la condena total de costas al adversario (CPC, 252) (la ley no enseña qué es *insignificante,* de donde retoma vuelo el *libre arbitrio* de los jueces...).

4.1.3. LAS EXCEPCIONES A LA EXCEPCIÓN: OTRA VEZ COSTAS POR SU ORDEN

Es posible que, no obstante mostrar una parte procesal la clara *calidad de vencido,* el juez se abstenga de imponerle costas. A raíz de ello, se aplicará nuevamente la regla general ya varias veces aludida: costas por su orden.

El caso especificado en la ley para que ello ocurra es que la parte vencida se allane oportuna, real, incondicionada, total y efectivamente a la pretensión deducida en la demanda (CPC, 251,1°), en cuyo caso se aplica la regla general de costas por su orden (CPC, 250), a menos que:

1) el allanamiento se produzca luego de haberse configurado *la mora del deudor* allanado (CPC, 251,1°), en cuyo caso se aplica la regla del vencimiento (CPC, 251) y el allanado paga las costas no obstante su allanamiento oportuno, etc.; o

2) que el allanado *haya dado lugar a la reclamación* a la cual se allanó (CPC, 251, 1°), en cuyo caso se aplica la misma regla del vencimiento (CPC, 251).

Y todo esto es suficiente para que el sistema funcione y bien. Como se verá, nada queda sujeto a la voluntad ni a eventual capricho del juez: la situación especificada en la ley se presenta o no. Y de ello depende que se aplique una regla o la otra. Así de fácil.

4.2. LA CONDENA EN COSTAS CONFORME CON EL CRITERIO SUBJETIVO

Presentado ya el contenido de la condena en costas conforme con el criterio objetivo, único que tolera construir un verdadero sistema al respecto, toca ahora explicar, aunque someramente, lo que ocurre en el mismo tema cuando se aplica el criterio subjetivo que permite la *eximición de costas.*

Para ello se han pergeñado algunos estándares jurídicos que dicen todo y nada dicen. Como de costumbre en estas cosas.

Por ejemplo, se estila desde antaño eximir de costas cuando el juez considera que hubo en el caso:

a) una *razón plausible para litigar*;

b) *extrema complejidad en la cuestión jurídica*, o por inexistencia de precedentes adecuados en la jurisprudencia acerca de la materia de que se trate, o por la existencia de fallos contradictorios sobre el tema, o por la novedad del caso planteado, o por no estar resuelto expresamente en la ley, etc.;

c) *cuestiones fácticas complejas* que pueden inducir a error a los litigantes o que son de difícil prueba o

d) *existencia de una verdadera temeridad* en la conducta de alguna de las partes, por lo cual debe ser sancionada, etc.

Si se analiza cada uno de lo supuestos y se piensa en un ejemplo cualquiera alrededor de todos ellos, se encontrará que siempre se halla alguna de tales circunstancias en la casi totalidad de los pleitos que se libran en los tribunales.

De ahí que, una vez más, quepa apartar todo criterio subjetivo de la materia de costas para obviar el caos jurisprudencial que existe en la actualidad y que es imposible desconocer apenas se repare en el contenido de cualquiera colección jurisprudencial.

En este orden de ideas, y yendo más allá en el criterio sancionatorio, hay veces que los mismos códigos disponen la imposición de costas al propio *vencedor*.

Claro es que esto ocurre en excepcionalísimas situaciones, tal como el caso de *pluspetición*, legislado habitualmente en todos los códigos y algunos otros casos muy puntuales que, por no ser corrientes, consignaré luego en el texto.

Incurre el actor en *pluspetición* al demandar el cumplimiento de una prestación de dar cantidades de cosas o de dinero, cuando pretende más de lo que le corresponde percibir conforme con el derecho que alega.

Pero, al menos en doctrina, no basta esta sola circunstancia objetiva para que quepa sin más la condena en costas al actor, aunque gane por la porción a la cual tiene derecho. Por lo contrario, es menester que el demandado –al contestar– se allane al pago de la suma de dinero que, a la postre, coincida con la otorgada al actor mediante la sentencia, salvo que el valor de la condena dependa legalmente del arbitrio judicial (determinación del valor del daño moral, por ejemplo), o de dictamen de peritos, o de rendición de cuentas a hacerse oportunamente o, finalmente, que la reducción por la sentencia de la pretensión deducida sea inferior a un vigésimo de lo reclamado (art. 253).

No todas las leyes siguen estrictamente con este más que razonable patrón: por ejemplo, CPC Paraguay no exige la importantísima circunstancia del allanamiento del demandado y de su correlación con el monto acordado por la

sentencia. Y como ello genera numerosas y gravísimas injusticias, alguna jurisprudencia ha intentado paliar el problema aunque con relativo éxito pues se sabe que una golondrina no hace verano.

Cabe hacer final referencia a casos muy puntuales en los cuales invocadas y defendidas razones de justicia hacen que el ganador del pleito deba asumir el pago de las costas. Los supuestos son:

a) iniciación tardía de pretensión de repetición de lo pagado en juicio ejecutivo (art. 483);

b) allanamiento del demandado a la demanda *anticipada* de juicio de desalojo sin estar vencido aún el plazo contractual. Hay códigos como el de Santa Fe, por ejemplo, que también lo contemplan (art. 518);

c) el de la defensa del perdedor en juicio de usucapión seguido contra propietario desconocido. La circunstancia apuntada hace menester la designación de un defensor *ad hoc* del propietario rebelde que, por carecer de toda posibilidad de recibir instrucciones al respecto, debe cumplir el deber legal de negar puntualmente todos los hechos fundantes de la pretensión a fin de provocar el contradictorio y la producción de la prueba que los confirme. Dentro de ese mismo deber, tendrá que recurrir toda resolución adversa a los intereses de su representado, generando así más honorarios (LOPJ, 312 y 319).

Ello motivó que el maestro Couture se ocupara del tema y generara una categoría diferente de imposición de costas: en razón del *beneficio obtenido con el resultado del proceso*.

Hoy creo que la idea, aunque eventualmente justa, no puede integrar un sistema objetivo cual el del vencimiento. Que el ganador deba adelantar los gastos de la defensa del ausente, es cosa diferente a que deba oblarlos exclusivamente y sin más en lugar de éste que, a la postre, ha dado lugar al juicio con su propio desinterés por la cosa usucapida;

d) el del *jus superveniens*: promediando los años '70 se puso de moda en el país una tendencia jurisprudencial con fuerte basamento doctrinario llegado desde Italia.

A la sazón, se encontraba vigente la corriente que enseñaba que el contenido de la sentencia no debía apartarse ni un ápice de la *litis contestatio* porque precisamente ella formaba la relación sustancial que debía ser objeto del juicio. De tal forma, el debate quedaba conformado en ese momento y las circunstancias fácticas aparecidas posteriormente no podían alterarlo.

Esta tesis, que se aplicaba irrestrictamente tanto a la legitimación en la causa como al interés para obrar, perdió vigencia a partir de la aceptación de actuar el juez en la sentencia un *derecho sobreviniente*.

Empezó a aceptarse, entonces, la existencia de un *jus superveniens* para indicar que, si andando el pleito y por acontecimiento sobrevenido después de la traba de la litis se modificaba una situación de hecho vigente al tiempo de la contestación de la demanda, también quedaba modificada y sin más la correspondiente situación de derecho (por ejemplo, la muerte o incapacidad sobreviviente del sujeto).

Detallándolo concretamente, se decía que "la aplicación rigurosa del principio de que la ley debe actuarse siempre como si fuese en el momento de la demanda llevaría a dos consecuencias prácticas: a) que el juez no debería tener en cuenta los hechos extintivos del derecho, posteriores a la presentación de la demanda y b) que no debería tener en cuenta los hechos constitutivos del derecho y de la acción posteriores a la demanda. De este rigor en ambas aplicaciones hay huellas en el Derecho Romano clásico. En el Derecho Moderno, tal rigor se encuentra sin embargo amortiguado por el principio de la economía de los juicios. Consecuentemente, el juez falla tanto si: a) absuelve al demandado si el derecho se ha extinguido durante el litigio. En este caso, no pudiéndose declarar infundada la demanda, la absolución está motivada por la extinción de la materia de discusión y b) acoge la demanda si el hecho se ha verificado durante el litigio (*jus superveniens*). En este caso, es necesario, sin embargo, que no se trate de demanda nueva según los principios de la identificación de las *acciones*" (debe leerse *pretensiones* en la terminología de la moderna doctrina procesal): la prohibición, por consiguiente, de cambiar la demanda durante el transcurso del litigio y, por lo tanto, de cambiar la *causa petendi*, no excluye que pueda ser hecha valer una causa *superveniens*, cuando ésta sea o se relacione directamente con el mismo hecho jurídico que fue afirmado existente en la demanda judicial y que en aquel momento no existía todavía; así: en la reivindicación, la posesión del demandado; en la acción hereditaria, la muerte del *de cujus*; la necesidad en la demanda de alimentos y casos semejantes. En todos estos supuestos, las costas del litigio deben recibir una regulación especial".

Aplicando tales conceptos, se acogió jurisprudencialmente la tesis –aun vigente– que enseña que "si una pretensión resulta admisible a causa de un hecho ocurrido con posterioridad a la contestación de la demanda, debe ser acogida, pero las costas han de imponerse de acuerdo con el estado de la litis al momento de su traba".

Muchas de estas ideas se presentan, por ejemplo, en el CPCN, pero sólo excepcionalmente en el CPC SFE, que consagra minuciosamente reglas que pueden ser consideradas aceptables pues si bien actúan en función de *costas sanción* y no de *costas reparación*, lo hacen en supuestos muy puntuales y en modo alguno toleran que el juez pueda eximir de costas a su omnímoda voluntad. Las vemos seguidamente.

4.3. REGLAS LEGALES DE IMPOSICIÓN DE COSTAS

Armonizando el sistema de imposición de costas que surge no sólo del título del caso sino también de diversas normas que refieren a ellas y que se encuentran dispersas en el CPC, pueden formularse las siguientes reglas que considero útil de mostrar al lector:

1ª regla (general): Las costas se soportan por su orden (art. 250); salvo

2ª regla: que haya un vencido (art. 251), en cuyo caso las soporta éste; salvo

3ª regla: que el vencido se allane idóneamente (art. 251, 1°), en cuyo caso se aplica la 1ª regla; salvo

4ª regla: que el allanamiento sea inidóneo (por extemporáneo), en cuyo caso se aplica la 2ª regla. Sin embargo, el allanamiento extemporáneo puede ser idóneo si se funda *exclusivamente* en documentos presentados tardíamente por el actor (art. 251, 2°) en cuyo caso se aplica la 1ª regla; salvo

5ª regla: (sólo respecto de la 3ª regla, no de la 4ª) que el allanado estuviera en mora *antes* de la iniciación del proceso o diera lugar a la *reclamación* (art. 251, 1°), en cuyo caso se aplica la 2ª regla; salvo

6ª regla: que el allanamiento sea en juicio ejecutivo, donde para ser idóneo requiere ser *efectivo* (pagando lo reclamado) (art. 251, 1°), en cuyo supuesto se aplica la 1ª regla.

7ª regla: Aun sin ostentar *carácter de vencido* (art. 251) (o, a veces, la calidad de parte procesal) carga con las costas respectivas:

a) el autotitulado gestor que no acredita tempestivamente la existencia del mandato invocado (art. 42);

b) el gestor que asume la representación de parientes ausentes del país y no es ratificado tempestivamente en su gestión (art. 43);

c) el que retira un expediente y no lo devuelve, no obstante el apremio (art. 58);

d) el actor que presenta tardíamente los documentos habilitantes de la demanda (art. 137);

e) el interesado que solicita la apertura de período probatorio con el objeto de demorar la causa (art. 155);

f) el interesado que presenta tardíamente documentos (en segunda instancia), salvo que acredite no haber tenido antes conocimiento de ellos (art. 185);

g) la parte que produce prueba pericial, si la contraria manifestó no tener interés en ella y en definitiva no resulta necesaria para la solución del pleito (art. 198);

h) el actor (o reconviniente) que desiste de su pretensión (art. 229) salvo que se produzca ante la prescripción alegada por el demandado (o reconvenido), siempre que ella sea decisiva en el pleito art. (251, 3°), en cuyo caso se aplica la 1ª regla;

i) el apelante, cuando se opera la perención de la segunda instancia (art. 241);

j) el embargante que deja caducar la medida cautelar por no promover demanda tempestivamente (art. 286); esta norma se aplica supletoriamente para el caso de medida preparatoria caduca;

k) el tercerista de dominio que incoa su demanda extemporáneamente (art. 325);

l) el postor en remate por cuya culpa no tiene efecto la venta (art. 497);

m) el tercero embargante de fecha anterior que no hace saber tempestivamente su derecho de precedencia (art. 506);

n) el actor en juicio oral, que no concurre sin justificación a la audiencia de vista de causa (art. 559);

o) el impugnante de la cuenta particionaria en juicio sucesorio que no concurre sin justificación a la audiencia convocada para lograr acuerdo sobre la partición (art. 612);

p) el insano, en juicio de declaración y cesación de incapacidad (arts. 684 y 685).

8ª regla: Aun ostentando el carácter de *vencedor*, el actor carga con las costas en casos especiales:

a) cuando incurre en plus petición al demandar (se pide más de lo que corresponde), con la condición precisa de que el contrario se allane a la reclamación hasta el límite establecido en la sentencia (art. 253), salvo que el valor de la condena dependa *legalmente* del arbitrio judicial, de dictamen de peritos, de rendición de cuentas o que la reducción de la pretensión sea inferior a un vigésimo (5%) (art. 253), en cuyo caso se aplica la 2ª regla;

b) cuando repite lo pagado en virtud de sentencia ejecutiva, si incoa la demanda después de cuatro meses de ejecutoriada aquélla (art. 483);

c) cuando el demandado se allana tempestivamente en demanda anticipada de desalojo (art. 518). La norma ha sido extendida al caso de no contestarse la demanda por jurisprudencia plenaria (art. 375) de las Cámaras de paz letradas de la provincia en autos Wasseman contra Funes, de fecha 07.06.79 (ver Zeus, 17-J/148).

9ª regla: Caso de *vencimientos recíprocos*, las costas se compensan o se distribuyen proporcionalmente al éxito obtenido (art. 252) salvo que la reducción de una pretensión vencida sea relativamente insignificante (art. 252), en cuyo caso se aplica la 2ª regla.

10ª regla: Por no haber *vencimiento objetivo*, las costas se distribuyen por su orden (1ª regla) en:

a) la declaración de perención de la primera instancia (art. 241);

b) el incidente de arraigo, cuando el demandado desiste de su incidencia después de rendida la prueba de la solvencia del actor (art. 331);

c) el incidente de pobreza, cuando el demandado no se opone a la pretensión del actor (art. 333);

d) el juicio oral, cuando ambas partes no concurren sin justificación a la audiencia de vista de causa (art. 559).

11ª regla: En caso de *declaración de nulidad* las costas las carga el sujeto (partes o juez) que la causó (arts. 251, 1°; 254 y LOPJ, 66).

12ª regla: El CPC reitera el sistema del vencimiento (1ª regla) especialmente en:

a) el caso de que el condenado a no hacer quebrante su obligación, respecto del coste necesario para reponer las cosas a su estado anterior (art. 262);

b) el caso de que el condenado a hacer o a escriturar no lo haga tempestivamente, respecto del coste necesario para la recepción de la obligación o el otorgamiento de la escritura (art. 265);

c) el caso de acreedores que iniciaron o continuaron el trámite de declaratoria de herederos cuando triunfan en sus pretensiones contra la masa (art. 588).

13ª regla: No obstante la exención de pago de gastos judiciales que tiene todo establecimiento público de beneficencia, personas jurídicas que se dedican a obras de caridad y quienes han obtenido carta de pobreza, deben abonar las costas en caso de ser condenados si tienen *bienes con qué hacerlo* (art. 34). Si el pobre vence en el pleito debe pagar las costas causadas por su defensa hasta la concurrencia de la tercera parte de los valores que reciba (art. 337), al igual que si caduca su calidad (art. 339).

14ª regla: Los funcionarios del ministerio público no responden personalmente por las costas causadas por su intervención (art. 259).

15ª regla: Aunque el CPC no refiere al tema, tanto la doctrina como la jurisprudencia son uniformes en cuanto a la condena en costas en caso de convalidación del derecho, operada después de la demanda (*jus superveniens*) o de extinción del derecho, en las mismas condiciones (*omnia indicia esse absolutoria*): se imponen conforme con la situación jurídica imperante al momento de demandar.

4.4. EL CONTENIDO DE LAS COSTAS

No todas las leyes procesales establecen cuál es el posible contenido de la condena en costas (no lo hace así el CPC SFE), con lo cual el tema es nuevamente contingente y librado a la elaboración de la jurisprudencia. Como es obvio, con ello se carece de toda seguridad jurídica en cuanto al tema, que muestra obvia importancia: se trata, nada menos que de saber con precisión qué es lo que debe ser abonado al vencedor en pleito *cuando el vencido debe pagar las costas*.

Algunos códigos diferencian el posible contenido de la condena y lo clasifica en *costas* y *costos*. Por ejemplo, CPC Uruguay, art. 56, establece que: "La sentencia definitiva impondrá condenación en costas, en costas y costos o declarará no hacer especial condenación, según corresponda, con arreglo a lo dispuesto por el CC, 688[5]. Se consideran *costas* todos los tributos, incluido el del pago de la vicésima, así como los honorarios de los peritos, depositarios, tasadores y demás auxiliares del tribunal. Se consideran *costos*, los honorarios de los abogados y de los procuradores".

En forma diferente, CPCN, 77 legisla al respecto: "La condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito mediante el cumplimiento de la obligación. Los correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal. No serán objeto de reintegro los gastos superfluos o inútiles. Si los gastos fueren excesivos, el juez podrá reducirlos prudencialmente...".

Más allá de una excesiva subjetivización que la ley hace respecto del tema y de la inédita y constante fuente de nuevos litigios que desde ya genera su contenido, lo cierto es que parece razonable la amplitud de trato que le otorga, aunque con las salvedades que acabo de criticar.

5 Que dice: "El Juez, en el caso de juzgar contra el demandante, debe de absolver al poseedor; y si juzga contra éste, debe mandar que restituya la cosa que es objeto de reivindicación con sus frutos y accesiones. Puede el Juez no hacer condena especial en costas o imponerla al vencido y aun condenarlo en costas y costos, según estime que aquél litigó con alguna razón o por culpable ligereza o por malicia que merezca la nota de temeridad, sin perjuicio de lo que dispone la ley procesal. Se consideran costas todos los tributos, incluido el del pago de la vicésima, así como los honorarios de los peritos, depositarios, tasadores y demás auxiliares del tribunal. Se consideran costos, los honorarios de los abogados y de los procuradores" (Redacción hecha por ley 16603 del 19.10.94, para adaptar el texto original al *Código General del Proceso*).

4.5. LOS ALCANCES SUBJETIVOS DE LA CONDENA EN COSTAS

Parece obvio recalcar que todo lo hasta aquí explicado acerca de la condena en costas alcanza exclusivamente –y así debe ser– a las partes que litigan (no importa si son principales o permanentes y accesorias o transitorias) y no a otras personas que no revisten la exacta calidad de demandante o de demandado: particularmente quienes actúan como representantes legales, abogados, procuradores, defensores de oficio o funcionarios judiciales a quienes les toca una actuación promiscua.

Este concepto de *litigante* comprende ajustadamente a los integrantes del Ministerio Fiscal cuando actúan como partes principales y no como adjuntas. No hay razón alguna para eximir de costas a un Fiscal cuando se rechaza su pretensión punitiva mediante, por ejemplo, la absolución del imputado.

Volviendo a las partes procesales: no importa si se utiliza al efecto el criterio de *reparación* o el de *sanción*; siempre es un litigante que repara a otro o uno que es sancionado por el mal que le causó al otro.

No obstante esta obviedad, alguna de las leyes inquisitoriales que nos gobiernan desde antaño, dando una vuelta más de tuerca respecto de la obligación de litigar con buena fe, ha extendido la condena en costas a los abogados de las partes (CPCN, 52).

Cosa similar ha hecho alguna jurisprudencia que no tendría que repetirse y, en ciertos casos, extendiendo la posibilidad de condena en costas a peritos que han defendido su peritaje ante la impugnación de una de las partes o a un testigo que ha pretendido una reparación de sus gastos de traslado al tribunal al cual debía concurrir para declarar.

4.6. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR COSTAS

Comienzo el tema recordando que, civilmente y entre otras clasificaciones que no sirve citar a estos efectos, las obligaciones pueden ser *principales* o *accesorias* (CC, 523).

Antigua jurisprudencia ha otorgado a la *condena en costas* la misma exacta naturaleza de la *condena al pago de intereses*, con lo cual ha sostenido invariablemente su accesoriedad respecto de la obligación principal de pagar una suma de dinero.

Y no se ha reparado en que, por ejemplo, cuando recae una condena en costas respecto de una pretensión constitutiva o meramente declarativa, no hay obligación alguna a la cual la obligación de costas pueda acceder. Lo que, por sí solo, debe abatir esta tendencia interpretativa.

Todo esto no surge de la ley sino de alguna corriente jurisprudencial que se ha convertido en mayoritaria con el correr de los años.

El tema se vincula estrechamente con la posibilidad de apelar una imposición de costas contenida en sentencia que es intrínsecamente inapelable, por así disponerlo la ley[6] pues, de ser las costas accesorias de lo principal, ellas devienen también en inapelables por simple aplicación lógica de los conceptos.

Pero esto es grave error que, a más de reñir con elemental sentido de justicia, produce daños que muchas veces son definitivos por irreparables: cuando ha mediado error en la condena o se han regulado honorarios excesivos que no hay norma alguna que los autorice, el nuevo deudor a causa de la condena en costas carece de toda oportunidad de que un tribunal controle lo actuado al efecto por el juez inferior. Y, por cierto, contra expresas disposiciones de pactos internacionales que reclaman siempre la posibilidad de tal control en cuanto a los hechos y al derecho.

En mi vida judicial me tocó ocuparme del tema y, por supuesto, propicié la apelabilidad de toda suerte de imposición de costas, por no aceptar la posibilidad jurídica de que puedan ser consideradas *accesorias* de nada.

5. EL COBRO DE LAS COSTAS

En la Lección 26 se verá que la liquidación de costas puede ser percibida por la vía de apremio o de la de ejecución de sentencia.

6 Por ejemplo, la resolución denegatoria de una petición de quiebra, y la que pone fin de la revisión prevista por el art. 37 de la ley 24522, y la que rechaza una pretensión incidental de declaración de caducidad de instancia, y los autos en general referidos a la materia probatoria en casi todos los CPC, etc.

LECCIÓN 25

EL OBJETO DEL PROCESO: LA SENTENCIA

SUMARIO

1. Sentencia
1.1. Concepto
1.2. Naturaleza
1.3. Clasificación
1.4. Presupuestos
1.5. Efectos
1.5.1. Terminación del litigio
1.5.2. Conclusión de la actividad jurisdiccional
1.5.3. Certeza de las relaciones jurídicas
1.5.4. Retroactividad de la solución
1.5.5. Caso juzgado
1.5.5.1. Concepto
1.5.5.2. Clasificación
1.5.5.3. Límites subjetivos
1.5.5.4. Límites objetivos
1.5.6. Ejecutoriedad
1.5.7. Prescripción

1. EL OBJETO DEL PROCESO: LA SENTENCIA

1.1. EL CONCEPTO

La voz *sentencia* encuentra su origen en *sententia* y se usa en Derecho para referir, a un mismo tiempo, a un acto jurídico procesal y al documento en el cual éste se consigna; en el primer caso, se usa con dos acepciones:

a) una amplia, para denominar –genéricamente– a toda actividad mediante la cual el juez resuelve las peticiones de las partes o dispone cautelas procesales, y

b) otra restringida, destinada a mostrar la misma actividad del juez, cuando –de acuerdo al contenido de la decisión– resuelve una cuestión incidental planteada durante la tramitación del proceso (sentencia *interlocutoria*) o resuelve el litigio presentado a su conocimiento, poniéndole fin (sentencia *definitiva*).

En cuanto a su significado, ya he señalado antes que la doctrina general enseña que es *el modo normal de extinción de la relación procesal,* reflejado en un acto en el cual el Estado, por medio del Poder Judicial, aplica la ley declarando la protección que ella acuerda a un determinado derecho cuando existen intereses en conflicto actual o potencial.

Consecuentes con tal idea, la mayoría de los autores sostiene que son presupuestos necesarios de toda sentencia:

a) su emisión por un órgano jurisdiccional competente;

b) existencia de una controversia de intereses planteada en caso concreto, y

c) obligatoriedad de que la controversia sea judicial.

Hace ya mucho tiempo que he dejado de sostener doctrinalmente los conceptos antes transcritos pues considero que contienen error esencial que es menester erradicar definitivamente para que nuestros estudiantes de Derecho puedan comprender finalmente qué es el proceso y cuál su real valor como método de discusión y, por ende, su verdadera importancia en el mundo jurídico.

De ahí que propongo variar la óptica de la explicación a partir de considerar, tal como ya lo he adelantado varias veces en el curso de esta obra, que *la sentencia es el objeto del proceso.*

Liminarmente, y en función de lo recién dicho, parece razonable pensar que si el pretendiente desencadena el proceso con la interposición de una demanda judicial (con lo cual genera el *litigio*), es porque no ha conseguido solución autocompositiva alguna del *conflicto* en el plano de la realidad social y desea discutir su pretensión en pie de igualdad con el resistente y ante un tercero imparcial quien, llegado el caso, emitirá una sentencia otorgando la razón a uno o a otro; con ello, claro está, se evita la fuerza ilegítima exhibida en el hacer justicia por mano propia y se asegura el mantenimiento de la paz social.

Pero el simple hecho de haberse incoado el desarrollo de un proceso no impide la posibilidad de lograr la solución autocompositiva que no se logró en el plano de la realidad social. Y las estadísticas tribunalicias demuestran no sólo que esto es posible sino que es el desenlace final en casi el 85% de los casos justiciables.

De ahí que no todo proceso cumple formalmente con su objeto. De donde cabe afirmar, nueva y recurrentemente, que la sentencia no es un acto que integra

el proceso, considerado como medio de debate, sino que es su objeto (o sea, lo que se espera lograr al finalizar la discusión, aunque de hecho no siempre se logre) (el tema ya ha sido adelantado en la Lección 1).

Pero cuando lo alcanza y, así, el juez emite su sentencia, lo que cabe ver en ella es otra cosa, que se advertirá en el punto siguiente, al analizar su naturaleza jurídica.

1.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Conforme a lo sostenido precedentemente, la sentencia se presenta en el mundo del derecho como un acto de clara y auténtica *normación* que realiza el juzgador en función de lo pretendido, resistido y regularmente confirmado por las partes litigantes durante el desarrollo del proceso y de la subsunción que de todo ello hace en una norma jurídica *preexistente, general* y *abstracta* que, por ser tal, carece de referencia específica a persona alguna.

Pero hay algo más en la sentencia que la muestra como una norma muy especial: debe ser motivada con un razonamiento lógico explicativo de la solución que otorga al litigio. Ello surge del antiguo deber legal de resolver efectivamente todo caso justiciable, sin que pueda el juzgador ampararse para no hacerlo así en el silencio o en la oscuridad de la ley.

En otras palabras: el juez aplica la norma si, a su juicio, ella existe y la entiende tal como la emitió el legislador. Pero si la ve oscura y ello impide su cabal comprensión, debe *interpretarla* para aplicarla a partir de allí. Si la norma es *insuficiente* a su juicio, la integra para su aplicación y, finalmente, si entiende que no hay norma alguna que regule el caso y que no existe otra parecida que pueda ser aplicada por el régimen de la analogía, la crea y la aplica para solucionar el litigio (CC, 15 y 16). Recurrentemente: el juez *siempre norma*: ora aplicando en concreto la ley abstracta, con o sin interpretación de su texto; ora integrando la norma abstracta mediante la emisión de una norma concreta; ora creando la norma concreta en caso de inexistencia de norma abstracta.

Esta es la razón por la cual creo que el proceso, como método, no termina ni puede finalizar en una sentencia; por eso es que ya sostuve que el debate finaliza cuando el juez llama los *autos para sentenciar*, impidiendo a partir de allí la continuidad de la discusión del litigio.

Claro está, la norma ínsita en la sentencia es formalmente distinta a la norma contenida en la ley: aquélla siempre es *concreta* (le pone nombre y apellido a la ley abstracta), siempre es *posterior* a los hechos que exigen su emisión y

particular para el caso que se resuelve mediante ella. Pero hay algo más: es una norma *razonada,* con fundamentos que se exponen con método no exactamente igual al que usa el legislador para hacer la explicación de los motivos que lo llevaron, precisamente, a legislar como lo hizo.

Y en ese razonamiento, el juzgador debe señalar a los litigantes el porqué juzga como lo hace al igual que el porqué de su decisión en un sentido y no en otro, y la aclaración de si aplica directamente la ley primaria o si la interpreta o si la integra (en ambos casos, la modifica) o la crea.

Resta agregar ahora que la corriente interpretativa aceptada generalmente por la doctrina americana tradicional que explica el tema, no ve en la sentencia una *norma* sino un simple razonamiento que exhibe la estructura propia de un *silogismo* constituido por una *premisa mayor* (la norma jurídica abstracta), una *premisa menor* (la situación de hecho objeto de la controversia) y una *conclusión* (parte dispositiva de la sentencia), que contiene la declaración del resultado jurídico que deriva de subsumir o someter el hecho a la regla jurídica correspondiente, debiéndose distinguir este juicio de todos los demás juicios lógicos en cuanto a su contenido jurídico.

Parte de la doctrina contemporánea, criticando a la concepción silogística tradicional de la sentencia, sostiene que ésta no se agota en una operación lógica sino que, además del proceso intelectual necesario para llegar a la decisión, existe otro proceso paralelo y conjunto de carácter volitivo, que se pone de manifiesto en la elección hecha por el juez de la premisa mayor, en la valoración de la prueba (a la que muestran como una serie ininterrumpida de silogismos) y en el sentido de justicia que posee el juzgador; en este orden de ideas, la sentencia no concluye con un juicio lógico sino que culmina –necesariamente– en un acto de voluntad del juzgador; en otras palabras, y tal como lo prefería Alsina, la sentencia contiene la expresión de la convicción formada en la mente del juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o de derecho objetivo.

1.3. LA CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Aunque el tema no interesa a un verdadero sistema procesal pues no hace a la esencia de su calidad de norma jurídica, creo que merece ser desarrollado escuetamente en esta obra con un declarado fin puramente didáctico y para que el lector pueda apreciar cómo se conjugan con este tópico los distintos institutos ya expuestos en Lecciones anteriores.

a) Una primera pauta clasificatoria surge del numeral anterior, donde se apuntó que las sentencias, en sentido restringido, pueden ser *definitivas* o *interlocutorias*,

usando como criterio de orientación el de su eficacia con relación al litigio o al desarrollo del proceso.

a.1) Es *definitiva* la sentencia que resuelve efectivamente el litigio, acogiendo o rechazando la pretensión deducida en la demanda o acusación.

Atendiendo al tipo de litigio al cual la sentencia pone fin, se clasifican según que *admitan* o *rechacen* la pretensión demandada, denominándose, respectivamente, estimatorias, desestimatorias o absolutorias del derecho pretendido, mixtas y absolutorias de la instancia procesal.

a.1.1) Es sentencia *estimatoria* la que pone fin al litigio acogiendo totalmente la pretensión demandada (el concepto incluye todo lo referente a lo penal) (aquí gana el pretendiente y pierde el resistente).

A su turno, la sentencia estimatoria se clasifica de acuerdo a la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda en *declarativas, condenatorias, constitutivas* y *cautelares.*

El tema debe ser tratado cuando se estudia la pretensión procesal y así se ha hecho en esta obra (ver la Lección 5, por lo que cabe hacer allí la remisión del caso) pues no es que la sentencia sea en sí misma *declarativa* sino que, al acoger una pretensión de tal índole, se concreta a hacer la pura declaración. Y nada más.

Por eso creo que se genera confusión cuando se afirma por la doctrina lo que aquí critico.

a.2) Son *interlocutorias* las decisiones que resuelven cuestiones incidentales o accidentales (ver la Lección 21) durante la tramitación del proceso.

Atendiendo a su contenido, admiten la siguiente clasificación:

a.2.1) *interlocutorias que tienen fuerza de sentencia definitiva:* por ejemplo, las que resuelven excepciones dilatorias ordenando el archivo de la causa, la admisión de la recusación entablada contra un juez, el rechazo de medios de prueba que eventualmente no pueden ser producidos luego, las que imponen medidas disciplinarias, las que deciden acerca de accidentes procesales, etc.;

a.2.2) *interlocutorias simples*: en general, todas las que deciden exclusivamente acerca de incidentes relativos al desarrollo del debate procesal, y no sobre el derecho pretendido en la demanda o en la excepción;

b) Una segunda pauta clasificatoria se logra en función de la jerarquía y tipo del tribunal que las emite. Y así, pueden ser dictadas por: 1) tribunales unipersonales de primera instancia; 2) tribunales colegiados de segunda instancia y 3) tribunales

colegiados de primera instancia o de instancia única. Y el criterio es útil pues todas responden a formalidades diferentes, tal como se verá más adelante.

1.4. LOS PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE FONDO QUE RESUELVE ÚTILMENTE EL LITIGIO

Para que pueda ser entendido este tema en todas sus implicaciones, es menester recordar previamente las ya explicadas diferencias existentes entre la *actividad que cumple el juzgador para resolver el litigio* (a lo cual llamo *acto*) y el *documento en el cual consta y con el que se acredita el cumplimiento de tal actividad* (a lo que denomino *acta,* precisamente, para poder diferenciarla del *acto*).

Me referiré entonces en este punto a las condiciones propias del *acta* y a las que se corresponden con el *acto*.

Pero antes, vuelvo a recordar que en la Lección 8 ya expliqué el contenido del vocablo *presupuesto,* hablando de *supuestos* (*precedente* y *consecuente*, ambos de contenido puramente lógico y, por tanto, invariables salvo excepciones establecidas en la ley para pocos y ciertos casos), y de *requisitos actuales de realización del acto* con *eficacia* y *eficiencia,* de contenidos puramente legales y, por tanto, variables de legislación a legislación.

Veamos ahora estos presupuestos en cuanto al tema en tratamiento.

1) El *supuesto precedente* de toda sentencia que pone fin al pleito haciendo mérito de lo pretendido y resistido por las partes en función de lo regularmente confirmado por ellas al respecto, es la existencia de un proceso legítimamente llevado por el juez y por las partes conforme a los principios que gobiernan su esencia y a tenor de las reglas de procedimiento establecidas al efecto en la ley o en el acuerdo de los propios interesados.

Tan importante es la enunciación de este supuesto precedente que sólo si se lo respeta acabadamente en el caso concreto es que la sentencia que se dicte para resolverlo alcanzará sus efectos y no en el caso contrario, en el cual sólo puede decirse que ha habido en la especie una simple *apariencia de proceso* (o sea, un *simple procedimiento* en el cual no existió bilateralidad con igualdad de instancias de las partes garantizada por la propia imparcialidad del juzgador), abatible por medio de otro proceso.

De lo recién afirmado se desprende de inmediato el motivo por el cual debe *emitirse la sentencia*: a) cuando es dictada por un juez *oficial* (no *particular*, caso del árbitro, por ejemplo), su *porqué* se encuentra en la simple razón de que el Estado ha expropiado desde antaño el uso de la fuerza por parte de todos los habitantes al prohibirles hacer justicia por mano propia. En compensación de ello, les brinda la garantía de resolución efectiva de todos los conflictos sociales que se

procesen ante su Poder Judicial y, además, de ejecutar lo sentenciado a favor de uno en perjuicio de otro; b) cuando es emitida por un particular (árbitro o arbitrador), su *porqué* es el cumplimiento por el juzgador del contrato de arbitraje o de arbitramento que, en calidad de tercero ajeno al litigio, ha convenido con los interesados en resolverlo por alguna de esas vías y al margen de la actividad estatal, que no se afecta para nada con ello pues el medio utilizado al efecto sirve igual para evitar el hacer justicia por mano propia.

2) Los *supuestos consecuentes* (presupuestos *futuros* o *inminentes*) de toda sentencia que pone fin al pleito haciendo mérito del litigio luego de un proceso legítimamente llevado por el juez, son los que refieren a lo que las partes obtendrán *(objeto)* con la eficacia y la eficiencia del acto *sentencia* (hacen al *para qué* de ella).

Si se ha cumplido acabadamente con tales requisitos, ese *para qué* se concretará en el momento mismo en el cual la sentencia haya sido consentida por las partes litigantes o haya quedado definitivamente firme por haber agotado los interesados en hacerlo toda la cadena impugnativa que tolere o admita el respectivo pronunciamiento.

A consecuencia de ello, la sentencia *podrá ser ejecutada* mediante el uso de la fuerza legítima propia del juez, con lo cual el pretendiente ganador tendrá al fin la declaración judicial que lo beneficia u ostentará un nuevo estado jurídico o ejecutará la condena procurada a partir del momento mismo de demandar.

Además, podrá repeler todo replanteo posterior del tema (excepción de caso juzgado). Ello será explicado más adelante.

3) Los presupuestos *actuales* o *coincidentes con el momento de realización* de la emisión de la sentencia son los *requisitos,* que se relacionan tanto con su *eficacia* como con su *eficiencia*. Los vemos a continuación.

3.1) Los *requisitos de eficacia* son de carácter *extrínseco* y se presentan siempre en el momento de dictar la sentencia.

Liminarmente, aclaro que en este tema se estudian las condiciones que son necesarias de cumplir por el juzgador para que el documento que emite tenga eventualmente *validez* como norma jurídica que resuelva, al menos aparentemente, el litigio acerca del cual recae.

Estos requisitos pueden ser externos e internos:

a) *externos*: se vinculan con la legitimidad constitucional y legal del acto y no con las formalidades que debe contener el documento (el acta).

Sin conocer acabadamente estos requisitos y a los que referiré en el punto siguiente, es imposible la exacta comprensión del tema.

Luego de ello, ya resultará sencillo comprender que los presupuestos de la sentencia *son propios de ella* y no pueden ser considerados jamás como *presupuestos del proceso.*

Véanse ahora las preguntas que pueden formularse para definir cuáles son los *requisitos extrínsecos externos* de la sentencia: 1) ¿quién debe dictarla?; 2) ¿qué se resuelve en ella?; 3) ¿cuándo hay que emitirla?; 4) ¿dónde se hace y se guarda? y 5) ¿para qué se hace?

Vamos ahora a las respuestas a ellas.

a.1) *¿Quién debe sentenciar?*

La sentencia debe ser emitida por el juzgador que se encuentra a cargo del tribunal creado con anterioridad al hecho que motivó el proceso y que ha sido aceptado como tal por ambas partes en litigio.

Finalmente: habrá advertido el lector que no he mencionado la habitual y reiterada frase relativa a que el juez *tenga jurisdicción y adecuada competencia.*

Y es que ya expliqué en la Lección 6 que la jurisdicción es *cosa que se hace y no cosa que se tiene*, lo cual hace obvia esta falta de referencia al tema.

En cuanto a la señalada *competencia*, remarco que en los últimos años ha dejado de ser considerada con una naturaleza gobernada por la idea de *orden público,* de donde surge que la incompetencia del juzgador no determina por sí la validez de una sentencia dictada por él.

De ahí que es posible que el actor pretenda ante juez incompetente, que éste no advierta su incompetencia y que, por ello, admita la demanda y confiera traslado al demandado. Y es también posible que éste no deduzca la vía adecuada para lograr la declaración de su incompetencia. En tales condiciones, las leyes actuales impiden a tal juez declarar su incompetencia luego de haber sido consentida tácitamente por el demandado (LOPJ, 2, último párrafo, salvo conexidad causal), con lo cual parece obvio que ha sido dejada de lado toda idea de orden público en cuanto al tema ya que, de hecho, no hay más incompetencias auténticamente improrrogables. Y eso está bien pues ayuda a mejorar la imagen del Poder Judicial.

a.2) *¿Qué se resuelve en la sentencia?*

La sentencia definitiva debe resolver el *litigio*, es decir el conflicto afirmado en la demanda como existente en la realidad de la vida social, en tanto ha sido negado y discutido por el demandado en su contestación. Por tanto, y conforme ya lo adelanté en la Lección 19, escapan a la consideración del juez al sentenciar todo lo relativo a hechos no alegados (aunque sean del conocimiento personal del juzgador), los hechos admitidos por demandado, etc.

Lo mismo ocurre en el campo de lo penal: la pretensión punitiva en un sistema acusatorio en serio se deduce, discute y prueba en forma similar a la de lo civil, con importante variante; el reo penal goza siempre del constitucional estado de inocencia y, por tanto, ninguna carga confirmatoria puede pesar sobre él.

a.3) *¿Cuándo se emite una sentencia?*

Debe ser dictada luego de que las partes hayan consentido el decreto de *llamamiento de autos* (o su sucedáneo, cuando no está previsto en la norma) y dentro del plazo que todas las leyes acuerdan al efecto para cada tipo de procedimiento (30 días en el juicio ordinario, art. 407; 10 días en el juicio sumario, art. 412; en la misma audiencia o en los próximos 5 días en el juicio sumarísimo, art. 413, 6°; en el plazo señalado en el compromiso en el juicio arbitral, art. 430; 3 días en el juicio ejecutivo sin oposición de excepciones, art. 474, y de 10 días cuando se han opuestos, art. 480), etc.

a.4) *¿Dónde se hace y guarda una sentencia?*

Las legislaciones que regulan los procedimientos judiciales establecen en general que todas las pretensiones (presentadas tanto por vía de *demanda* como de *acusación*) deben ser hechas por escrito. Y cuando algunas en particular admiten la presentación verbal, se deja nota sucinta del contenido pretensional en algún documento, legajo, expediente, *dossier*, etc. Y ello, como garantía de libertad, para poder luego hacerse el control de la congruencia entre lo pretendido y sentenciado.

De tal modo, la sentencia debe hacerse en el Tribunal encargado de dictarla y guardada en copia auténtica junto al documento, legajo, expediente, etc., que le dio origen.

Sin perjuicio de ello, el original firmado de puño y letra del juzgador debe ser incorporado cronológicamente a un protocolo especialmente llevado al efecto por el funcionario fedatario del caso, allí rubricado y foliado y guardado por el tiempo que establezca la ley. De allí es de donde puede extraerse –en caso necesario– testimonio de ella (art. 107).

a.5) *¿Para qué se sentencia?*

Ya se ha dicho varias veces en el curso de esta obra que el objeto del proceso (lo que se busca con él) es la sentencia y el de ésta es generar la norma específica que regirá el caso concreto.

Obtenido tal objeto, existe otro emergente de él: disponer en su momento el pretendiente de los efectos de la sentencia que se verán luego y que le permitirán ejecutar lo sentenciado, si ello es susceptible de ejecución y repeler cualquier ataque del perdedor pudiendo sostener para ello que el caso ya ha sido

juzgado (salvo, claro está, que se ataque a la sentencia misma en proceso posterior por ser ella fraudulenta o colusiva, como se dijo antes de ahora).

b) Los *requisitos extrínsecos* de la sentencia también son *internos* y refieren a los aspectos puramente formales que debe contener el documento (el *acta del acto*), que acredita por sí mismo la existencia de la actividad cumplida por el juzgador al sentenciar. Contestan a las preguntas *¿cómo se hace?* y *¿cómo se hace el acta* sentencia *para que sea formalmente válida?*

Los requisitos extrínsecos señalan las formas que debe contener la sentencia en orden a tener validez en el mundo jurídico y, en general, son los comunes a toda actuación judicial pues, siendo la sentencia un documento público (CC, 979, 2°) en la Argentina, es menester que, para su validez, eficacia y fuerza probatoria, se cumplimenten en lo pertinente los requisitos exigidos genéricamente en CC, 980 y siguientes, especificados en detalle en los arts. 244 a 246.

3.2) Los *requisitos de eficiencia* son siempre de carácter *intrínseco* y apuntan a la *utilidad* de la sentencia como norma jurídica individual para terminar el *litigio* con legitimidad y justicia (particularmente, con relación al *conflicto*).

Para ello, el contenido intrínseco de toda sentencia debe responder a cánones lógicos más o menos uniformes que, establecidos generalmente en las constituciones y en las leyes de procedimiento, enseñan cómo debe ser cumplida por el juzgador la tarea de juzgar un caso concreto.

Para realizar el acto de juzgamiento, el juez debe comenzar por conocer y comprender cabalmente cuál es la pretensión demandada que es, precisamente, lo que el pretendiente espera obtener mediante la sentencia.

Para acreditar ese conocimiento y esa comprensión, el juez: a) inserta inicialmente en su sentencia una suerte de preámbulo que recibe el nombre de *resultando*, pues relata en él todo lo que *resulta* de los autos, donde constará cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión bajo juzgamiento y cuáles son los medios de confirmación de los hechos litigiosos que el juzgador considera útiles para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla y b) continúa con los denominados *considerandos* en los que motiva cómo subsume los hechos que considera regularmente confirmados en la normativa general y abstracta preexistente y cuál es la consecuencia de tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos.

1.5. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Ya se sabe que la sentencia constituye el *objeto* del proceso y que, como acto jurídico que es, tiene naturaleza claramente normativa: en rigor, en ella el

juez pone nombre y apellido a la norma general, previa y abstracta contenida en la ley, para convertirla en norma particular, actual y concreta que sirve sólo para heterocomponer *este litigio* en el cual se emite.

Sabido es también que los jueces resuelven *litigios* y no *conflictos* y, de tal manera, otorgan certeza a las relaciones jurídicas que han sido objeto de contestación. Pero no siempre logran con ello establecer un estado de paz entre los contrincantes.

Esto se ve innegable cuando, por ejemplo, se declara una caducidad de instancia o una incompetencia o se emite sentencia absolutoria de la instancia o se declara desierto un recurso: el litigio se termina. Sí. Pero el conflicto sigue subsistente, con todo lo que ello entraña para el mantenimiento de la paz social.

Por eso es que el ideal de justicia aconseja que, al resolver los litigios, los jueces deban procurar dejar definitivamente solucionados los conflictos existentes en la realidad. Con lo cual se gana en certeza y se gana en paz, metas finales a conseguir por todos los jueces.

Para esto es que sirve a la postre la distinción que hice en la Lección 2, al señalar las variaciones que pueden hacerse a partir de distinguir los conceptos de *litigio* y de *conflicto*.

Con estas ideas expuestas, veamos ahora cuáles son los efectos propios de la sentencia en cuanto a la relación litigiosa que, a mi juicio, son cinco: 1) la terminación del litigio: 2) la conclusión de la actividad jurisdiccional; 3) la obtención de certeza de las relaciones jurídicas hasta entonces discutidas y la posibilidad de que ciertos efectos se retrotraigan en el tiempo; 4) la existencia del fenómeno político denominado *cosa juzgada* o, dicho con mayor propiedad, *caso ya juzgado* y 5) la ejecutoriedad de la decisión, cuando es susceptible de ejecución. Los explico.

1.5.1. EL EFECTO DE LA TERMINACIÓN DEL LITIGIO

El primer efecto de la sentencia firme es *terminar el litigio*, lo que se logra con la emisión de un acto de autoridad competente para el caso. Tal acto debe exhibir dos calidades: legitimidad y justicia.

Interesa grandemente que la sentencia sea *legítima* pero no ocurre lo mismo si no es *justa*. Aunque es obvio que todo juez debe aspirar a que sus pronunciamientos exhiban siempre el valor *justicia*, pues hace a la esencia de la función que así lo sea, es posible que no lo consiga en algún caso concreto. Pero esto no rompe ni deteriora el sistema pues, caso de no lograrse dicha justicia, será a la

postre un fin no querido del Derecho necesario de sufrir por unos pocos en favor de la seguridad y paz de todos.

Precisamente esa terminación es lo que generará los demás efectos que trataré casi de inmediato, cada uno con todas las implicaciones que se verán oportunamente.

1.5.2. EL EFECTO DE LA CONCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Se dice desde antiguo que una vez que ha sido pronunciada y notificada la sentencia de que se trate, *concluye la jurisdicción del juez* respecto del pleito.

Como ya sabemos que la jurisdicción *no es cosa que se tiene* (calidad o propiedad) sino que *es algo que se hace* (acto), ello significa que cesa de ahí en más toda posible actividad jurisdiccional del juez sobre el tema litigioso.

Pero atención: la cesación no va más allá de la cuestión decidida y siempre queda al juez, aun luego de notificada su sentencia, el deber de resolver impugnaciones de aclaratoria; de aceptar pretensiones cautelares y todas las variantes que pueden presentarse alrededor de ellas (levantamiento, sustitución, ampliación, reducción); de proveer recursos de alzada, concediéndolos o denegándolos y, en el primer caso, de establecer el modo y el efecto con el cual los concede; de ejecutar la sentencia si es susceptible de ello; de declarar rebeldías posteriores a la emisión de la sentencia (por ejemplo, caso de muerte de una de las partes); etc.

1.5.3. EL EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CERTEZA DEL DERECHO APLICABLE A LA RELACIÓN JURÍDICA LITIGIOSA

Ya se ha visto en la Lección 5 que, en general, todas las sentencias ostentan carácter *declarativo* en razón de que, para otorgar el juez certeza a las relaciones jurídicas discutidas en litigio, es menester que:

1) acepte la existencia de los hechos controvertidos; 2) determine luego la norma jurídica general y previa que los rige; 3) considere después la razonabilidad de aplicar ésta a aquéllos y 4) decida si cabe acoger o rechazar la pretensión deducida en juicio por el actor, todo a tenor de lo que acabo de expresar.

Y estas actividades son puras *declaraciones* respecto de los hechos, del derecho y de lo pretendido, resistido y debidamente confirmado a base de ambos.

Y esas declaraciones, consideradas ahora genéricamente, son las que otorgan certeza definitiva a la relación jurídica que, desde ahora y gracias al siguiente efecto de *caso juzgado,* no podrá ser discutida útilmente más adelante.

1.5.4. EL EFECTO TEMPORAL DE LAS DIVERSAS CLASES DE SENTENCIA

Ya se ha visto en esta misma Lección que la sentencia declarativa puede ser:

1) de *mera o simple declaración* de derecho hasta ahora incierto; 2) de *condena* al pago de una prestación determinada, que se presenta como la más utilizada en la función judicial (tanto, que durante muchísimos años toda la doctrina referida a la *sentencia* se hizo a base de ella, con olvido de las demás vistas precedentemente); 3) de *constitución* de derechos o de nuevos estados jurídicos y de determinación de derechos;

Por obvias razones, los disímiles contenidos de los diferentes tipos de sentencias hacen que sus respectivos efectos corran sólo hacia el futuro *(ex nunc)* o se retrotraigan al pasado *(ex tunc).*

Como se ve, el problema es ajeno e independiente del que genera el fenómeno del *caso ya juzgado* que se verá *supra:* aquí se trata de establecer cuándo una sentencia puede tener efectos retroactivos respecto de la fecha de su emisión.

Veamos ahora el tema desde la óptica de cada tipo de sentencia:

1) *declarativas en general*: retrotraen sus efectos hacia el pasado y más allá de la fecha de la demanda judicial. Y ello en razón de que se concretan a declarar la existencia o inexistencia de un derecho haciendo cierto lo que era incierto. Como se ve, poseen una naturaleza de carácter puramente *documental*;

2) de *condena*: retrotraen sus efectos sólo hasta la fecha de la demanda judicial o arbitral;

3) *constitutivas:* no tienen efecto retroactivo, por lo que sólo se proyectan hacia el futuro. Y ello es de toda obviedad, habida cuenta de que el nuevo estado jurídico nace recién a partir de la sentencia firme, por lo que sus efectos deben correr necesariamente desde allí en adelante (piénsese en el caso de la constitución del estado de *divorciado* o de *insano*: ¿no es de toda razonabilidad sostener que se es tal a partir de la sentencia y no antes?).

Pero las cosas no son tan sencillas cuando una misma sentencia ostenta los tres caracteres ya vistos, cual ocurre con la que recae en cualquiera pretensión de reparación de daño causado por culpa (responsabilidad aquiliana): es *declarativa* en cuanto da certeza a la circunstancia de haber acaecido en la realidad un hecho productor de daño y aceptar su relación de causalidad con el daño producido; es *constitutiva* en cuanto, al aceptar como buena la imputación jurídica efectuada por la víctima frente a su victimario, lo constituye en deudor de una indemnización que, nótese bien, no debía antes de ser declarado como tal; finalmente, al establecer el *quantum* del daño, lo *condena* a pagar al *recién ahora* acreedor.

Tanto es así esto que, por ejemplo, una víctima de un accidente de automóvil que no ha obtenido sentencia aún, carece de todo derecho a pedir la quiebra de su afirmado deudor: precisamente, porque ambos son acreedor y deudor en simple expectativa.

Ante este problema, toca al juez decidir cuál de los tipos de sentencia ya reseñados es el que debe prevalecer en la especie para, por ejemplo, establecer el comienzo del curso de los intereses.

Repárese en que si la sentencia que condena a pagar una indemnización es preferentemente *declarativa* que *constitutiva*, el curso de los intereses podrá correr desde la fecha de promoción de la demanda, o, más aún para muchos autores, desde la fecha misma del hecho causante del daño; en cambio, si es preferentemente *constitutiva* que *declarativa*, el curso de los intereses habrá de correr desde la fecha de la sentencia en adelante.

1.5.5. EL EFECTO DEL CASO YA JUZGADO

1.5.5.1. CONCEPTO

En la Lección 9 computé, como uno de los posibles *principios procesales*, el que nombré como de *transitoriedad del proceso.*

Y lo expuse como tal porque, aunque éste no es un mal en sí mismo que a toda costa deba ser evitado sino un remedio para erradicarlo, parece claro que no puede abusarse de él como tal y tolerar, por ejemplo, una discusión circular que mucha gente haría desaprensivamente durante toda una vida para satisfacer un difuso ánimo litigioso, tan en boga en muchos de nuestros países.

Por eso es que la ley admite la existencia de un grado judicial de control ordinario (acerca de hechos y de derecho) y, a veces, otro de carácter extraordinario (acerca de la constitucionalidad de la sentencia impugnada). Pero en algún momento –y grado más o grado menos– hay que ponerle un punto final a la discusión e impedir que renazca en lo sucesivo.

Y ese final se logra con: 1) la sentencia de cualquier grado de conocimiento judicial consentida por los interesados; 2) la sentencia que no admite recurso alguno que pueda permitir el control de su contenido; 3) la transacción de bienes litigiosos, una vez presentada al juicio.

En suma: todo ello es lo que logra ese efecto del *caso ya juzgado* que la doctrina menciona desde siempre como de *cosa juzgada*, sin reparar en que se juzgan *casos* y no *cosas*.

Conforme con estas ideas, ya puede decirse que el efecto del caso juzgado implica dos cosas:

1) que no pueda discutirse nuevamente acerca de un *mismo* hecho y de la *misma* imputación jurídica que el actor hizo a base de él *(causa obligacional)* entre las *mismas* personas que ya lo discutieron en un proceso terminado por sentencia.

Si bien se mira, este efecto no consiste en que no pueda ser demandada la misma pretensión ya sentenciada –cual lo dice erróneamente abundante jurisprudencia– sino el de que no se abra una nueva discusión a los mismos fines, ni en el mismo proceso ya terminado ni en otro que se intente en el futuro.

De ahí que no haya posibilidad de revisión de lo juzgado cuando se quiera ejecutar la condena contenida en el pronunciamiento judicial;

2) que la parte que ha logrado la declaración judicial de su derecho puede obrarlo sin que sea lícito a juez alguno el rehusarse a aceptarlo, pues no le está permitido desconocer esa decisión.

A tal punto esto es cierto, que el art. 141 establece el *deber* de todo juez de "declarar la existencia de cosa juzgada" (y de litispendencia por identidad), aun sin pedido de parte (ver, asimismo, art. 552) y con sólo conocer tangencialmente el tema.

Por otra parte, ya se ha dicho repetidamente en esta obra que el importantísimo principio que se conoce con el nombre de *seguridad jurídica* enseña que no pueden subsistir dos pretensiones basadas en el mismo hecho causal, no importa al efecto si ellas son antagónicas o concurrentes, toda vez que ambas podrían generar pronunciamientos judiciales contradictorios, con todo el caos que ello puede ocasionar.

Y cuando ello ocurre *contemporáneamente*, surge la posibilidad de hacer dicha eliminación por la vía de la declaración de litispendencia (por identidad) (ver la Lección 18). Cuando aparece *sucesivamente* (una discusión luego de estar sentenciada la anterior), se da la posibilidad de declarar la existencia del *caso ya juzgado.*

En ambos supuestos, una de las pretensiones debe caer a fin de dejar subsistente sólo una, sentenciada o no. Pero solo una.

Ya puede decirse, entonces, que el *caso juzgado* es el efecto que genera una sentencia al otorgarle autoridad y eficacia a lo decidido en ella, siempre que no exista posibilidad fáctica de modificarla por medio de alguna vía útil de impugnación.

Históricamente se ha tratado de justificar la vigencia de este efecto viéndolo desde la óptica del derecho civil y del derecho procesal, con diferentes teorías que tratan de explicarlo.

Y a estos fines se ha dicho que es una ficción de verdad, y una presunción de verdad, y una declaración auténtica de derechos subjetivos, y una derivación del llamado contrato judicial, y una efectiva tutela de los derechos privados, y una posesión aparente del derecho, etc., etc.

Por mi parte, creo que nada de esto resulta de utilidad pues es manifiesto que una sentencia que nada tiene que ver con la verdad puede alcanzar también este efecto.

La explicación debe hacerse, entonces, a partir de aceptar el fenómeno del caso juzgado como una consecuencia lógica de una necesidad de contar con la plena certeza de las relaciones jurídicas en algún momento inciertas o discutidas y, por supuesto, de la mayor necesidad de mantener una perpetua paz social.

Así vista la cosa, resulta clara la naturaleza *política* y no jurídica de este efecto. Sus fundamentos así lo indican incontrovertiblemente y tanto que, en rigor, el tema tendría que ser estudiado en otra asignatura (Derecho Constitucional o Derecho Político, que son los que regulan la convivencia) y no en la Procesal, donde sólo corresponde tratar sus aplicaciones prácticas, que se reducen a eliminar a uno de los litigios cuando hay dos acerca del mismo hecho.

Con esta concepción creo que pierde vigencia toda justificación en otra consideraciones como las ya vistas *supra*.

1.5.5.2. LA CLASIFICACIÓN DEL CASO JUZGADO

Se dice habitualmente que el efecto propio del caso juzgado puede ser material o meramente formal.

1) El efecto *material* refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en *nuevo expediente* incoado a tal fin: precisamente a este concepto es que se aplica todo lo antes apuntado.

Por eso es que la *materialidad* está siempre ligada al contenido de la sentencia en función de su congruencia con el litigio decidido en ella.

Y dado este concepto, sus caracteres son dos: la *inmutabilidad* (o la definitividad, o indiscutibilidad, o intangibilidad) de lo sentenciado y la *ejecutoriedad* (o coercibilidad) mediante constricción en las personas o cosas de la condena contenida en la sentencia que ostenta tal efecto.

La *inmutabilidad* (o sus sinónimos) significa, tal como lo adelanté en el párrafo anterior, que no puede ser revisada mediante nueva y recurrente discusión. Ya algo he adelantado acerca del tema: la sentencia puede ser injusta en cuanto la decisión contenida en ella se aparta, por ejemplo, de la regla general

de justicia que debe regir el juzgamiento de las pretensiones sentenciadas. Pero así y todo, se considerará justa a los efectos de la imposibilidad de ser reabierto su debate.

Pero adviértase que este carácter de inmutable es rigurosamente exacto sólo en tanto una de las partes del proceso quiera sostenerlo frente a la otra, ya que nada impide que *ambas partes* que litigaron acerca de materia transigible y que obtuvieron una sentencia con este efecto, dispongan de común acuerdo dejarlo de lado y hacer cosa diferente a la ordenada en la dicha sentencia.

La *ejecutoriedad* será explicada *infra*.

2) El efecto *formal* refiere siempre a la imposibilidad de reabrir la discusión en el *mismo expediente* en el cual se produjo, pero permitiendo hacerlo en uno posterior.

Se trata, a la postre, de una suerte de gran *preclusión* que rige sólo dentro del proceso y abarca todas las decisiones interlocutorias en general y las sentencias que pueden ser ejecutadas aun estando pendiente algún recurso de alzada.

Además, esta calidad de *formal* la gana el efecto de caso juzgado emergente de toda sentencia dictada en juicio ejecutivo, por ejemplo, que tolera pleito posterior acerca de lo que no pudo ser materia de discusión en él y no de lo que, estando permitido, no fue discutido (ver la Lección 26) (art. 483).

1.5.5.3. LOS LÍMITES SUBJETIVOS DEL CASO YA JUZGADO

El tema enseña quiénes son las personas respecto de las cuales se extiende la autoridad y los efectos propios del caso juzgado. En otras palabras: se trata aquí de establecer quiénes son las personas que no pueden discutir nuevamente lo sentenciado luego de generado este efecto.

Por de pronto, es obvio que alcanza a todas las partes intervinientes en el proceso y respecto de las cuales fue dictada la sentencia. De ahí que, en principio, no aprovecha ni perjudica a terceros ajenos a ella.

Sin embargo, muchas veces hay relaciones jurídicas que trascienden la mínima esfera de los propios litigantes y ello genera lo que se denomina *efecto reflejo* o *indirecto* o *de hecho del caso juzgado* (art. 249). A raíz de ello hay personas que, sin haber litigado en el proceso en cual se emitió la sentencia que ganó el efecto de marras, son también alcanzadas por él.

En este orden de ideas, las razones que explican la extensión de los efectos el caso juzgado a ciertos terceros parten de casos de sucesión de derechos y de conexión por el hecho causal existente entre una de las partes y algunos terceros. Y es ya valor entendido por todos que, entonces, tales efectos alcanzan a:

1) los *sucesores universales*. Aquí cabe distinguir entre:

1.1) *personas físicas*: pueden invocar a su favor la calidad de caso juzgado de la sentencia que se haya dictado a favor del causante. Pero en caso contrario –sentencia adversa al causante– sólo afecta a los sucesores en la medida que establece el CC, 3371;

1.2) *personas jurídicas*: el nuevo ente adquiere de una vez todos los derechos y obligaciones de la persona disuelta a la cual sucede y, por tanto, le alcanza cualquiera sentencia dictada a favor o en contra de ella;

2) los *sucesores singulares* de las partes respecto del derecho que se encuentra actualmente litigioso: la extensión refleja del efecto de caso juzgado se determina en tanto el sucesor de que se trate (adquirente o cesionario) haya tenido posibilidad cierta de intervenir en el respectivo pleito, o como parte sustituyente (ver la Lección 15) o como tercero asistente (ver ídem) (art. 28) (CPCN, 44) o, en su defecto, que el bien adquirido estuviera anotado como tal en el Registro respectivo. Igual solución cabe para los legatarios.

3) los sustitutos procesales (ver la Lección 15).

Lo dicho hasta aquí vale plenamente también para los laudos arbitrales.

Como se ha visto hasta aquí, importa sólo la identidad jurídica de la persona y no la meramente física.

Al margen de los principios generales expuestos, y en razón de la especial naturaleza de ciertas relaciones jurídicas, en situaciones muy puntuales las leyes extienden a veces los efectos del caso juzgado a ciertos terceros aunque no hayan intervenido en el respectivo proceso: como ejemplo, los que se hallan en CC, 715, 1847, 1855 y 2877.

Por otra parte, no conozco leyes actuales que refieran precisamente al tema y con detallado acopio de casos que ilustren de manera adecuada a los juzgadores. Lo que revela una vez más la poca importancia que los legisladores del presente prestan a la experiencia, tanto vertical como horizontal, que puede ser analizada mediante el simple estudio de la historia de cada institución y del derecho comparado.

No obstante todo lo expuesto, la situación varía cuando se trata de sentencias de carácter *constitutivo* que se dictan acerca de cuestiones de:

1) *estado civil* (por ejemplo, la que declara una filiación natural y, así, *constituye* el estado de hijo): parece claro que, en este supuesto, los efectos no pueden quedar dentro de los estrechos límites de las personas que han litigado. Y doy sólo un ejemplo para que se comprenda la afirmación: si la sentencia declara,

por ejemplo, que *Juan es hijo de Pedro*, es de toda lógica que, al mismo tiempo, sea hermano de José (también hijo de Pedro) y nieto de Diego (padre de Pedro). Aunque José y Diego no hayan participado del pleito respectivo.

Esta circunstancia ha llevado desde antaño a la doctrina a sostener que, en estos casos, el efecto es *erga omnes:* aquí juega el principio de seguridad jurídica ya mencionado antes y tiene como claro fundamento el de que la nueva situación ha alterado todas las relaciones preexistentes (art. 249);

2) *capacidad* (por ejemplo, la que declara insana a una persona y la *constituye en tal*): aquí también la sentencia que se dicte, y cualquiera fuere el sentido de ella, tiene efecto *erga omnes* salvo la alegación de hechos sobrevinientes que pueden autorizar un nueva sentencia sin que se roce para nada la anterior. A estos efectos vale la lectura de CC, 146, 152 bis y 154;

3) nueva *situación jurídica dominial* (por ejemplo, la que declara cumplida una usucapión y *constituye* en propietario al hasta entonces poseedor). Aquí también se dan efectos *erga omnes* pues el nuevo derecho constituido es de naturaleza real.

1.5.5.4. LOS LÍMITES OBJETIVOS DEL CASO YA JUZGADO

El tema enseña cuál es objeto sentenciado sobre el cual se extiende la autoridad y los efectos propios del caso juzgado. Y ya he explicado gran parte de él en las Lecciones 5 y 20.

No obstante, debo ahora reiterar algunas de esas ideas a fin de que el texto guarde una adecuada exposición docente.

Sabido es que toda pretensión implica la afirmación de la existencia de una determinada *relación jurídica.* De tal modo, toda pretensión, al igual que toda relación, admite ser descompuesta para su estudio en los diferentes elementos que la integran y que, desde la Ley de Partidas en adelante, se identifican como *sujetos* (quiénes), *objeto* (qué) y *causa* (para qué).

Ya se ha viso en la Lección 5 que hablar simplemente de sujetos, objeto y causa, cual lo hace toda la doctrina, es insuficiente y lleva a error.

Por de pronto, ya apunté que las partes deben encontrarse ubicadas siempre en la misma posición en las diversas relaciones, por lo cual el elemento subjetivo no es unitario sino *binario*: interesa ver en cada caso quién es el sujeto actor y quién el demandado.

Pero además, sostuve también que el elemento *causa* debe ser siempre descompuesto en dos de lo que podrían denominarse *subelementos:* el *hecho* acae-

cido en la realidad de la vida y la *imputación jurídica* efectuada por el pretendiente al resistente a base de ese mismo hecho.

Y trabajando desde entonces con cinco elementos (y no con tres), a saber: sujeto actor, sujeto demandado, objeto, hecho causal e imputación jurídica efectuada a base de él, es que se hicieron en la Lección 5 todas las posibles comparaciones de pretensiones y se dijo en qué instituto procedimental finalizaba cada una de las imaginables.

Con tales elementos en la memoria, puede decirse ya que los límites objetivos del caso juzgado se circunscriben, luego de aceptar los dos elementos subjetivos como propios del tema anterior, a los tres restantes de los recién mencionados: 1) cuál es el hecho que ha sido juzgado por haber sido afirmado en la demanda como base fáctica de la pretensión deducida contra el demandado, 2) cuál la implicación jurídica efectuada a base de ese hecho y 3) cuál el objeto pretendido.

Por eso es que, precisando los límites objetivos del caso ya juzgado, éste alcanza:

1) al *hecho causal* que sirvió de sustento a la pretensión. En función de lo ya expuesto, y más allá de los alcances que la correspondiente declaración tiene respecto de las dos partes que litigan, y en tanto se encuentren en otro litigio posterior en las mismas posiciones procesal, opera reflejamente respecto de todos quienes estén involucrados en el mismo hecho, ya se trate de afinidad, de conexidad causal o de conexidad objetivo-causal (ver la Lección 5);

2) a la *imputación jurídica* efectuada por el actor al demandado a base de ese hecho causal. Por esta razón, si bien el efecto reflejo del caso juzgado en cuanto al hecho alcanza a sujetos de pretensiones afines, no puede ocurrir lo propio con las imputaciones jurídicas cuando ellas son diferentes a partir de un mismo hecho causal (que es, precisamente, lo que caracteriza a la afinidad). Hasta aquí, lo expuesto sirve para explicar cuándo existe *identidad de causa* y, finalmente,

3) a la *pretensión* tal cual fue deducida a base de ese hecho y de esa precisa imputación jurídica, de donde resulta que si se pretende hoy una indemnización por daño material y mañana, en otro litigio, una indemnización por daño moral emergente del mismo hecho en el cual se causó el pretendido cobro de daño material, no existirá *identidad de objeto*.

Resta decir que el objeto sobre el cual recae el caso juzgado emanado de sentencia está condicionado a que en ella se haya debatido y probado legítimamente al menos una pretensión litigiosa y que el juez actuante la haya sentenciado con apego a la regla de congruencia. E, insisto, sólo a lo allí debatido, probado y sentenciado. No importa al efecto si el juez acoge o rechaza la pretensión por

cuestiones de fondo (por ejemplo, falta de legitimación, de interés jurídico, de prueba regularmente producida acerca de los hechos litigiosos, etc.).

En cambio, cuando el rechazo de la demanda se funda en la ausencia de algún requisito extrínseco (por ejemplo, falta de agotamiento de la vía administrativa previa, ausencia en el proceso de litisconsortes necesarios que tornan imposible el dictado de una sentencia útil para heterocomponer el litigio, etc.), nada obsta a que, subsanado el requisito de marras, pueda demandarse de nuevo la misma pretensión. Por lo cual este tipo se sentencia no genera el efecto de caso ya juzgado.

Pero hay más: los efectos objetivos del caso juzgado alcanzan refleja o indirectamente a todas las situaciones que he descrito en la Lección 20 y que he denominado como *acumulación impropia:* se trata de todos los supuestos de *prejudicialidad:* precisamente para explicar el tema es que Vélez Sarsfield redacta las notas a los arts. 1101/1106 del CC que he mencionado recién.

Para terminar: se discute en doctrina cuál es la parte de la sentencia a la cual alcanza la calidad de *inmutable*: si a su parte resolutiva o, también, a sus motivaciones.

Creo que la solución es sencilla a partir de la observación atenta de la realidad: en la Argentina, al igual que en casi todos los países de América, una sentencia civil termina diciendo más o menos esto: *"Por tanto, Fallo: hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, condenar al demandado a pagar al actor la suma reclamada más sus intereses y costas dentro del plazo de diez días"*.

Con la simple lectura de esa fallo, resulta claramente imposible contestar una cualquiera de esta preguntas: ¿quién demandó?, ¿a quién demandó?, ¿qué demandó?, ¿cuánto demandó?, ¿por qué demandó?

De allí que resulte absolutamente imprescindible la atenta lectura de todas las motivaciones de tal sentencia a efectos de conocer cada uno de los interrogantes planteados. Con lo cual resulta sencillo de concluir que la sentencia *es un todo* que, como tal, adquiere el efecto del caso y juzgado y que, por tanto, resulta improcedente discutir acerca de tema tan bizantino cual el que se ha planteado al comienzo de este punto.

1.5.6. LA EJECUTORIEDAD DE LA SENTENCIA

El tema refiere a la posibilidad de lograr la ejecución de una condena a realizar alguna prestación de dar suma de dinero, de dar cosa cierta y determinada y de hacer alguna cosa.

Para ello, se considera a la sentencia como un *título ejecutorio* que, como tal, le permite al acreedor incoar un nuevo proceso (llamado de *apremio* o de

ejecución de sentencia) en el cual el deudor podrá ejercer un derecho de defensa muy limitado en cuanto a los plazos para actuar, las defensas a oponer y los recursos a deducir. Todo ello puede ser visto en la Lección 26.

1.5.7. LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO CIERTO QUE CONTIENE LA SENTENCIA DE CONDENA

Se estudia acá cuál es el plazo antes de cuyo vencimiento el acreedor puede pretender la constricción de la persona o de los bienes del deudor a fin de cobrar la acreencia declarada como cierta en la sentencia que adquirió el efecto de caso juzgado.

Antiguamente, se le daba al tema el nombre de *actio judicati,* inaplicable en la actualidad desde que se acepta que la sentencia no produce novación respecto del derecho pretendido en la demanda.

Al menos en la Argentina, el CC no legisla plazo alguno al respecto, de donde resulta aplicable la regla general contenida en su art. 4023: "Toda deuda personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial...".

LECCIÓN 26

LA EJECUCIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. Concepto de *ejecución*
2. Juicio ejecutivo
   2.1. Caracteres del procedimiento actual
3. Títulos susceptibles de ejecución
   3.1. Título ejecutorio
      3.1.1. Requisitos
   3.2. Título ejecutivo
      3.2.1. Requisitos
      3.2.2. Enunciación
4. Procedimiento ejecutivo
   4.1. Restricciones a la defensa
   4.2. Efectos de la sentencia
5. Crítica
   5.1. Planteo del tema
   5.2. Propuestas
6. Juicio monitorio

1. EL CONCEPTO DE *EJECUCIÓN*

La voz castiza *ejecución* significa *acción o realización de algo*. Llevada al Derecho, la misma palabra tiene un significado mayor: *hacer algo para constreñir a alguien a realizar alguna actividad de dar* o *de hacer* (en ciertas condiciones que luego se verán).

A su turno, y cuando se usa con referencia a una persona, *constreñir* significa *obligarla por fuerza a hacer algo.* El resultado de constreñir es el sustantivo *constricción:* obligación para que alguien haga algo.

Si se recuerda la definición clásica que de la obligación civil hacen las *Institutas,* la idea de constricción preside todo el concepto: "la obligación es el

vínculo jurídico mediante el cual una persona llamada acreedor puede *constreñir* a otra llamada deudor a la realización de una prestación determinada".

De donde resulta claro que la obligación de *no hacer* no puede ser constreñible, aunque sí sancionable su incumplimiento (piénsese que la sanción penal, aunque utilizando otras palabras, está presidida por la misma idea).

Por eso es que cuando se genera el concepto de *imperativos jurídicos* del proceso, se menciona a los *deberes*, las *obligaciones* y las *cargas*. En tanto que el deber no es coercible y sí sancionable su incumplimiento y que la carga no es ni coercible ni sancionable, ya que afecta sólo al propio interesado, la obligación es constreñible pero no siempre: sólo en tanto sea de dar (cosa cierta o suma de dinero) pero no lo son las de hacer y de no hacer. Por eso es que, si la de hacer puede ser realizada por un tercero, él la hace a costa del deudor (lo que transforma la obligación *de hacer* en otra *de dar* suma de dinero), en tanto que si no puede ser cumplida por un tercero, en razón de ser *intuitu personæ*, se constriñe indirectamente mediante la imposición de *astreintes*, con lo cual también se convierte en *obligación de dar suma de dinero*. De la misma forma cabe actuar respecto de las obligaciones de no hacer. Como se ve, un sistema funciona de verdad en tanto no sea constante y reiterativamente desinterpretado para relativizar su contenido.

La experiencia sociológica indica que el mandato de la ley, en cuanto impone una conducta concreta de prestación, es habitualmente cumplido por los particulares y por los órganos públicos mediante un acto de voluntad propia, obviamente condicionada y en consideración a dicho mandato.

También indica la experiencia que, en el cúmulo de relaciones obligacionales que se suscitan a diario en una colectividad determinada, es ínfimo el porcentaje de casos de incumplimiento de la ejecución del mandato legal. Tan ínfimo número representa, no obstante, una clara enfermedad social que el Estado, en aras del mantenimiento de la paz, debe tratar de evitar y, en su defecto, de curar.

Sin embargo, la actividad preventiva del Estado no puede sujetarse sino a medios de ejecución indirecta o de coacción psicológica, ya que, como lo enseñaba Calamandrei, el dogma según el cual las normas jurídicas son coercibles pierde vigencia, de hecho, frente al incoercible espíritu del hombre y particularmente del que, además de serlo, *se siente* libre.

Esto se patentiza en las relaciones patrimoniales, en las que el Estado no puede realizar "medicina preventiva" sino sólo "curativa", para lo cual pone a disposición de los interesados el medio idóneo a efecto de lograr el equilibrio destruido por el acto de incumplimiento generador de una situación de incertidumbre o de insatisfacción que altera la paz social.

Como ya se dijo en toda esta obra, tal medio es el *proceso*, concebido como el instrumento a través del cual los particulares en conflicto requieren del Estado que ejercite su función jurisdiccional para solucionar sus litigios acerca de relaciones que carecen de *resultado cierto*. Para ello, el pretendiente –actor civil– propone mediante su demanda iniciar el diálogo con el demandado, afirmando los hechos que fundamentan su pretensión y realizando la implicación de ellos en una norma preeexistente, general y abstracta.

Puede suceder que la demanda presentada al juez refiera a la existencia misma de la pretensión alegada por el demandante y de las obligaciones cuyo cumplimiento reclama al demandado. En tal caso, el juez tendrá que resolver cuál de los contradictores tiene la razón (nótese que *el derecho es incierto* hasta la decisión judicial), para lo cual emitirá la correspondiente sentencia (declarativa, de condena, constitutiva).

En el caso de la sentencia de condena, la actividad del juez se circunscribirá sólo a eso, no pudiéndose afirmar, en consecuencia, que por su mero pronunciamiento se logre restablecer el equilibrio social alterado por el incumplimiento del deudor. Para conseguir ello, deberá éste efectivizar el mandamiento judicial o, en su defecto, el propio juez tendrá que sustituir la inactividad del deudor mediante una propia actividad, a fin de satisfacer el derecho declarado a favor del acreedor. En otras palabras, deberá adoptar medidas de subrogación dirigidas a conseguir el bien, independientemente de su prestación (ejecución directa).

Y con esto se ejerce acabadamente *fuerza legítima*, tal como ya se vio. Además, se efectúa *coertio* y *executio*, elementos ambos del concepto tradicional de jurisdicción (ver la Lección 6).

Por otra parte, sucede a veces que la relación jurídica afirmada en la demanda *no es incierta* (entendido este vocablo como *derecho no declarado*) sino que goza de una presunción de legitimidad o de fehaciencia con que aparece al exterior mediante un documento denominado *título* y que justifica un tratamiento privilegiado: la posesión de dicho título permite al acreedor el acceso a un tipo especial y sumario de procedimiento que recibe desde siempre el nombre de *juicio ejecutivo*.

2. EL JUICIO EJECUTIVO

Relataré en este tópico temas que no son de explicación habitual en las obras de la asignatura: su desarrollo histórico y sus actuales características procedimentales. Y ello porque es imposible entender el segundo sin conocer antes el primero.

En el pasado medieval imperaron en esta materia dos sistemas en Italia y en España. Ambos tuvieron muy diferentes alcances, siendo más notable e importante para nosotros lo ocurrido en Italia, donde surgió un derecho propio del comercio al desarrollarse nuevos negocios de la práctica mercantil. De tal forma, nació un novedoso cauce procesal, más rápido y abreviado, acorde con las nuevas situaciones, pretendiéndose, en definitiva, una simplificación sustancial y formal –sumarización (abreviación)– del proceso común.

Esto ocurrió cuando al título *sentencia* (a la sazón, único documento ejecutable por acreditar la existencia de un *derecho cierto*) se le equipararon los *instrumenta confessionata,* así llamados porque contenían la confesión del deudor hecha ante el juez o el notario reconociendo la deuda que instrumentaban. De tal forma, esos instrumentos –que no eran sentencia pero que podían equipararse a ella pues reflejaban la existencia de un derecho cierto– tuvieron los mismos alcances de un título ejecutorio (la sentencia) y, por ende, otorgaban al acreedor derecho a iniciar la ejecución sin el correspondiente período de conocimiento previo. Y así nació el *título ejecutivo.*

Las necesidades comerciales de la época generalizaron tales títulos, en los cuales el deudor, además de reconocer la obligación, aceptaba (renunciando a oponer oportunamente las defensas del caso) la orden que incluía el notario de cumplirla a su vencimiento (denominada cláusula *guarentigia)* que, al sustituir los efectos de la cosa juzgada, dio origen al efecto ejecutivo de los instrumentos que la contenían.

Tales instrumentos, siguiendo los tradicionales principios romanos que mantenían absoluto respeto por el derecho de defensa, debían ejecutarse por orden del juez, quien disponía la ejecución si el deudor no pagaba al ser requerido al efecto, otorgándosele a éste la posibilidad de oponer excepciones nacidas con posterioridad a la emisión del documento, o intentar separadamente una acción con la pretensión de que se lo absolviera de la ejecución y, por efecto de ello, se le reintegrara el instrumento.

De tal forma y por virtud de la influencia de la Iglesia, que repudiaba la violencia y la defensa privada del derecho, se concilió el principio romano que antepone la seguridad a la celeridad, *exigiendo que el proceso de conocimiento anteceda al de ejecución*, con el principio germánico que antepone la rapidez y expeditividad a la seguridad jurídica; de esta suerte, *se limita o posterga el período de conocimiento y se autoriza, para ciertos casos, el comienzo de los procedimientos por los actos de ejecución, colocando en manos del ejecutado la iniciativa para abrir el estadio de cognición.*

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia pierde el carácter de prueba del crédito, base de la *actio judicata,* y pasa a considerarse como un *título autónomo que otorga al acreedor el derecho a la ejecución.*

A partir de allí, se construyó un verdadero sistema que mejoraba el tráfico del comercio de la época al aceptarse que *el título ejecutivo no puede ser sustituido ni invalidado, por lo que puede extinguirse el derecho y, sin embargo, el título sigue valiendo.*

Por ello, el acreedor munido de su título no tiene la carga de provocar el contradictorio ni su derecho depende de la convicción que el órgano jurisdiccional podría formarse entre prueba y contraprueba: así, la pretensión tiene vía libre, *sin depender del parecer del órgano* ni de la actividad del deudor.

Resulta entonces que el título ejecutivo ya era un acto jurídico con eficacia constitutiva en tanto fuente inmediata y autónoma de la acción ejecutiva, de la cual es, en su existencia y en su ejercicio, independiente del crédito.

Pero si la evolución del proceso ejecutivo culminó rápidamente en Italia, en España –cuya legislación es fuente inmediata de la mayoría de nuestras instituciones procesales– no se logró una verdadera *ejecutivización* del proceso ejecutivo, prefiriéndose legislarlo como un proceso de conocimiento común, pero sumarizándolo por razones cualitativas, en orden a los intereses que se debaten en él.

Recién en la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, el juicio se desarrolla en dos estadios perfectamente diferenciados: uno de conocimiento, primero, y otro ejecutivo posterior, de remate. La *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, también divide el juicio ejecutivo en dos períodos: el primero, llamado *de ejecución o ejecutivo,* que comprende desde que se entabla la demanda hasta que se dicta la sentencia de remate; y el segundo, llamado *de apremio,* desde que se dicta esta sentencia hasta que se hace el pago al acreedor.

Y éste –y no el italiano–, es el sistema que rige desde antaño en los países hispanoamericanos y especialmente en las provincias argentinas.

De lo precedentemente expuesto puede inferirse que el proceso de ejecución –tal como lo conciben actualmente nuestras leyes– no es propiamente "ejecutivo", sino, *un proceso de conocimiento abreviado en el que se limitan los plazos, las defensas y los recursos que puede oponer el deudor*, y que tiende a obtener no una *manifestación de voluntad o conducta física* (ejecución propiamente dicha) *sino una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional.*

De ahí que la denominación *proceso ejecutivo* induce a error porque su finalidad no es la de conseguir medidas de ejecución directamente a cargo del juez (desde la iniciación misma del proceso) sino la de *obtener una resolución judicial de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la verdadera ejecución.*

Resulta así que el proceso ejecutivo termina *siempre* en una sentencia (de remate o desestimatoria de la pretensión del ejecutante) y que sólo después que ella adquiera ejecutoria podrá hablarse de *ejecución*. Pero nótese bien que *no será ya la ejecución de la pretensión inicial sino la ejecución de la pretensión que se base, como título, en la sentencia condenatoria dictada con fundamento en el título que permitió el pronunciamiento de tal sentencia de condena.*

Queda en claro así que nuestro proceso ejecutivo es un verdadero proceso de conocimiento (pero no ordinario) por lo que debe encuadrárselo dentro de la figura de los procesos sumarios y, dentro de ellos, no por razones de cantidad sino de calidad o cualitativas, fundadas no en la escasa relevancia económica de la pretensión sino en la fehaciencia con que aparece al exterior y que justifica un tratamiento privilegiado.

Ya llegará luego el momento de razonar alrededor del concepto de *título*. Pero antes, resta ver cuáles son los caracteres actuales del juicio ejecutivo.

2.1. LOS CARACTERES PROCEDIMENTALES DEL ACTUAL JUICIO EJECUTIVO

Ya el lector se encuentra familiarizado con el desarrollo eficaz de la serie inventada al efecto de actuar el debate dialogal que se conoce como *proceso* de naturaleza declarativa, con sus *etapas de afirmación, de negación, de confirmación* y *de alegación.*

Atención ahora: *esto no ocurre en el juicio ejecutivo* que, en esencia, es de carácter *monitorio* aunque no lo hayan afirmado así los autores. En efecto: como el Derecho acepta *a priori* y sin más la fehaciencia del derecho expresado en el documento que se conoce como *título susceptible de ejecución* (no importa por ahora si es *ejecutorio* o *ejecutivo*, tal como luego se explicará), la demanda que se basa en él *es acogida de inmediato por el juez* luego de hacer por su cuenta un minucioso análisis de las calidades que la ley exige en cada caso para que el respectivo título pueda ser susceptible de ejecución.

Y a este efecto dicta una resolución que se conoce con el nombre de *citación de remate* y en la cual ordena trabar el inmediato embargo de bienes libres y suficientes del deudor para cubrir el monto de la acreencia exigida por el ejecutante y, al mismo tiempo, le otorga la posibilidad de oponer alguna excepción al progreso de la ejecución. Atención: no para negar simplemente la existencia de la deuda.

Y todo eso se hace con el apercibimiento de ordenar oportunamente el remate de los bienes embargados si no se alega y eventualmente se prueba el hecho fundante de alguna excepción admisible.

Repárese en que la llamada *citación de remate* no es un decreto de puro y simple trámite, cual lo es el que ordena conferir traslado de la demanda al demandado en juicio declarativo, sino que es una verdadera *sentencia* emitida por el juez luego de haber oído exclusivamente a uno solo de los contendientes. Y repárese también en que, con tal sentencia, se pone fin a la ejecución a menos que se den dos condiciones sucesivas e independientes:

1) *que el ejecutado oponga excepción admisible*, en cuyo caso se tramitará un proceso a partir de la afirmación del ejecutado, que no de la del ejecutante.

Y, al igual que lo que acaece en el juicio declarativo, se abrirá también la posibilidad de un período para confirmar pero, otra vez, de los hechos que alega el ejecutado para fundar su excepción. A menos, claro está que, como se ha visto en la Lección 19, el ejecutante presente algún hecho impeditivo o invalidativo del hecho extintivo alegado por el ejecutado.

Confirmado el hecho fundante de la excepción y valorados los respectivos medios por ambos contendientes, procede el dictado de una nueva sentencia, que versará ahora acerca de la excepción y no del título. Y si en ésta se acoge la excepción, cae la ejecución; caso contrario, se ordena seguir adelante con ella. Lo mismo ocurre si el ejecutado no opone excepción admisible alguna.

Adviértase ahora que el *seguir adelante con la ejecución* significa, lisa y llanamente, ordenar *ya mismo* el oportuno remate de los bienes embargados luego de que el deudor sea desposeído de ellos. Pero para que esto sea factible, es menester que se presente la segunda condición:

2) *que haya algún bien embargado que sea susceptible de ser rematado.* No dada esta condición, lo que debe acaecer sistémicamente es el dictado del sobreseimiento del juicio ejecutivo y hasta tanto haya algún bien a embargar, en razón de que no puede ordenarse lógicamente una ejecución de bienes que no existen.

Esto no ocurre en la Argentina donde, desde no hace muchísimo tiempo y hasta ahora, se *ordena llevar adelante la ejecución* maguer no haya algo para ejecutar, por no haberse deducido excepciones o por rechazo de las opuestas. Junto con ello se regulan honorarios que, al igual que el capital que se ejecuta, nunca se cobrarán precisamente por carecer de bienes sobre los cuales hacerlo.

Cuando ocurría esto en el pasado, se *sobreseía (provisionalmente) el juicio ejecutivo*, que permanecía *stand by* hasta tanto apareciere algún bien embargable, en cuyo caso se reflotaba la ejecución y se ordenaba el procedimiento propio del remate.

Con lo cual el plazo prescripcional de la *actio judicati* emergente de la citación de remate corría a partir de su fecha. Y nada entorpecía ni demeritaba el derecho del acreedor insatisfecho.

Actualmente, ansiedad de abogados mediante, se dicta la orden de remate sin que haya bien embargado alguno, con lo cual *todos los juicios ejecutivos* cumplen este procedimiento, con el tiempo que insume la tramitación respectiva para los jueces y sus auxiliares. Tiempo que podría ser mejor empleado posibilitando desde la ley la terminación del juicio inmediatamente luego de haber fracasado la orden de embargo.

De cualquier forma, existiendo bien embargado, el juez emite oportunamente una providencia final que no es la sentencia propiamente dicha sino la simple orden de llevar adelante la ejecución, disponiendo el desapoderamiento de los bienes embargados, por ejemplo, y ordenando su venta en público remate.

Analizando con detenimiento lo que ocurre en el caso según lo he relatado *supra*, es sencillo advertir que se ha desplazado la carga de afirmar desde el actor (ahora, ejecutante) hacia el demandado (ahora, ejecutado), toda vez que el primero se contenta con exigir el cumplimiento de la obligación cierta contenida en el título y, sin afirmar hecho alguno, ello le es suficiente para pretender útilmente.

Como se ha visto hasta acá, el juicio ejecutivo es asaz diferente del declarativo. Sin embargo, ambos entrañan verdaderos procesos en tanto bilateralidad del instar en igualdad de condiciones dialogales ante un tercero que asegura todo ello con su propia imparcialidad.

3. LOS TÍTULOS SUSCEPTIBLES DE EJECUCIÓN

Hay autores que, para explicar todo lo relativo al tema, intentan construir una teoría general de los títulos ejecutantes.

A mi juicio, resulta imposible presentar una teoría que conceptualice el título ejecutivo y explique su naturaleza con pretensiones de universalidad y comprensiva de todos los títulos que traen aparejada ejecución, al menos dentro de nuestros sistemas de raigambre hispánica. Y ello porque:

a) como ya se ha visto precedentemente, lo que se ejecuta es la sentencia que se dicta a base del título y no el título mismo; y

b) porque la normación relativa a los títulos ejecutantes es siempre harto contingente –temporal y espacialmente– dependiendo siempre de la caprichosa enumeración legal que cada Estado haga al respecto. Y, como luego se verá, un mínimo inventario de ellos puede resultar caótico.

No obstante tal afirmación, creo que es posible establecer sus condiciones generales y, especialmente, sus requisitos en orden a una construcción sistémica que parta de la concepción que históricamente se ha hecho respecto del documento que apareja la posibilidad de ejecutar.

Para dar comienzo a tal tarea, debo recordar que, al comienzo, el único documento que posibilitó y toleró la ejecución mediante el uso de fuerza en las personas o cosas, fue la *sentencia judicial* definitivamente firme. A esto se denomina desde antaño *título ejecutorio,* pues puede ser ejecutado ya mismo en razón de que su contenido (el de la sentencia) acredita sin más y fehacientemente la existencia de un derecho cierto y determinado luego del debate procesal y, además, se sabe quién es el acreedor y quién el deudor, cuánto se debe y cómo debe ser pagada la deuda[1].

Posteriormente, y como ya se ha dicho antes, gracias al derecho comercial que emerge con fuerza imparable en el medioevo italiano, al documento ejecutorio *sentencia* se equipararon otros documentos reconocidos ante notario y que contenían la llamada *cláusula guarentigia* que se ha mencionado en el número anterior, mediante la cual el deudor reconocía la deuda instrumentada en el mismo documento y aceptaba cumplir sin más su prestación al momento de su vencimiento.

Tales documentos se conocen desde siempre como *títulos ejecutivos* a fin de distinguirlos cabalmente de los *títulos ejecutorios.*

A este efecto, nótese que la certeza de la existencia del derecho lo otorga un juez en el segundo caso y luego de un debate procesal. En cambio, la certeza del primero proviene sólo de la voluntad de quien se constituye en deudor.

3.1. EL TÍTULO EJECUTORIO

La doctrina y las leyes en general aceptan desde siempre la existencia y posibilidad de ejecución de los títulos ejecutorios. No puede ser de otra manera, en homenaje a la necesidad del Estado de dar certeza definitiva a las relaciones litigiosas y de mantener *sine die* la paz social.

Adviértase que cuando un juez emite una sentencia declarativa, ella puede ser simplemente declarativa, constitutiva y de condena. Sólo en este último caso impone una prestación que exige la realización de una cierta actividad del demandado que, si éste –ahora condenado– no acata espontáneamente y cumple lo condenado a dar o a hacer, debe ser constreñido a su cumplimiento.

---

1 Una sentencia de condena dice más o menos lo siguiente: "...Por las razones expuestas en las precedentes motivaciones (causa), condeno a DD (deudor) a pagar a AA (acreedor) la suma de XX pesos (cantidad líquida o liquidable) en el lapso de XX días (de donde se colige el vencimiento del plazo)". Luego se verá que todos estos datos son, precisamente, los *requisitos* del título ejecutivo.

Pero cabe resaltar que esa posibilidad de constricción se otorga como consecuencia lógica e inmediata de aceptarse que, a raíz de la sentencia judicial, *existe un derecho cierto declarado en documento fehaciente.*

Esta circunstancia servirá luego para comprender la crítica que haré respecto del sistema procedimental argentino, al comparar las categorías *ejecutividad* y *fehaciencia* luego de ver cómo y cuánto se ha bastardeado esta última al otorgar caprichosamente el legislador *carácter ejecutivo* a documentos expedidos nada menos que ¡por el propio acreedor! que, de fehacientes, pueden tener todo o nada.

El trámite que establecen las leyes para la ejecución de títulos ejecutorios no recibe la denominación de *juicio ejecutivo* sino la de *apremio* o la de *ejecución de sentencia* que, así, se erige en la continuación lógica y en el complemento indispensable del juicio de conocimiento.

a) En SFE, el incidente de apremio (arts. 507 y ss.) constituye el único medio de ejecución de sentencia de condena al pago de suma de dinero con cantidad líquida o liquidable (art. 262) y su conocimiento compete al juez del principal (art. 5, 9°).

b) Siendo el apremio un incidente y no un juicio autónomo (salvo caso de ejecuciones que no provienen de sentencias de condena, ver por ejemplo Lp 5066), no procede el emplazamiento previo y, por tanto, la declaración de rebeldía. De tal modo, se aplica plenamente el art. 86.

c) La sentencia de condena dictada en rebeldía no puede ejecutarse sino hasta seis meses después, salvo prestación de fianza (art. 82).

d) La demanda de apremio debe ajustarse a los requisitos genéricos de toda demanda (art. 130) y a los específicos que se mencionan en el último párrafo de la norma. Su trámite se regula supletoriamente por el del juicio ejecutivo (art. 386).

e) El incidente de apremio no está sujeto a la caducidad de instancia (art. 238).

f) Para el caso de juicio de apremio por cobro de créditos municipales, ver Lp 5066, modificada por Lp 7118.

g) El allanamiento del ejecutado en el apremio requiere el pago de la cantidad reclamada (art. 251).

h) Para que quede expedita la vía del apremio cuando la provincia, sus entes autárquicos institucionales, las municipalidades y las comunas son condenadas a pagar sumas de dinero, deben ser intimados previa y judicialmente al pago por un plazo no inferior a los sesenta días hábiles (Lp 7234, 9).

i) El art. 508 modifica el régimen de excepciones admisibles establecido en el art. 475 para el juicio ejecutivo (en general): aquí se aplican las de los incs. 1°, 2°, 3° y 5° y las del inc. 4°, salvo *quita* y *espera*, que no son medios de extinción de las obligaciones (CC, 724). La excepción de *compromiso* es de carácter procesal y se subsume en la de incompetencia. La excepción de *prescripción* debe referirse sólo a la *actio judicati*. Todas las enunciadas tienen limitación probatoria.

j) El trámite sumarísimo que establece la norma y que prevé el art. 413 debe ser compatibilizado para el caso: el escrito de oposición de excepciones ha de ser acompañado del ofrecimiento de prueba y de todo ello se conferirá traslado al ejecutante por tres días (art. 413, 1°), con entrega de copias (art. 87) y notificándose por cédula (art. 62, 2°), a fin de que las conteste y ofrezca su prueba. Para el resto del trámite, ver art. 413.

k) En el apremio no hay llamamiento de autos para sentencia. Ella se dicta conforme lo dispuesto en el art. 480 y no es recurrible (salvo aclaratoria) para el ejecutado, a quien le queda sólo la vía prevista en el art. 483.

l) Ver régimen de recurribilidad en el art. 509. En el caso de juicio de apremio por créditos municipales la sentencia no es *irrecurrible* sino *inapelable* (ver Lp 5066, 26).

Finalmente: la particular condición del documento *sentencia* ha hecho que no se hayan estudiado con detenimiento los requisitos de este tipo de título, por lo cual le resultan aplicables sin más los que se verán seguidamente respecto del llamado *título ejecutivo.*

3.1.1. LOS REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTORIO

Si bien las leyes procesales argentinas no enuncian en general las condiciones del título ejecutorio para ser tal (salvo algunas que hacen referencias parciales a ellos), se acepta doctrinariamente que aquél debe ser: a) una resolución judicial consentida o ejecutoriada; b) que contenga una condena a realizar alguna prestación susceptible de ejecución y c) que, caso de imponer una prestación de dar, la deuda sea líquida o, al menos, liquidable; d) que el plazo otorgado al efecto en la dicha resolución esté vencido y e) que la parte interesada incoe el procedimiento del caso mediante la deducción de la correspondiente pretensión.

3.2. EL TÍTULO EJECUTIVO

Si bien las leyes procesales argentinas no enuncian en general las condiciones del título ejecutivo para ser tal (salvo algunas que hacen referencias parciales a ellos), se acepta doctrinariamente que aquél tiene requisitos sustanciales y formales propios que deben surgir del título mismo en cuanto contiene la promesa de la prestación de una obligación de las enunciadas precedentemente.

Al título ejecutivo caben, por tanto, las mismas exactas especificaciones ya vistas para la conceptuación del título ejecutorio pues, a la postre, aquél es un remedo de éste.

De ahí que la mayoría autoral acepta sin más que tales requisitos son: a) legitimación sustancial (activa y pasiva); b) causa lícita; c) plazo vencido; d) obligación pura o condición cumplida y e) objeto cierto y determinado o fácilmente determinable.

3.2.1. LOS REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO

Cabe ahora explicar el significado de cada uno de los ya precedentemente enunciados.

a) *Legitimación sustancial para ser útilmente* ejecutante y ejecutado

Aunque la ley procesal no refiere habitual y expresamente a este requisito intrínseco subjetivo cuando enumera los propios de todo título ejecutivo, se infiere de la economía general de las leyes y de la doctrina existente al respecto –que en este tópico adquiere carácter de fuente trascendental, como luego se verá– que por acceder él a un procedimiento de tipo sumario, con defensas restringidas que se justifican en tanto se acepte la presunción de certeza y de legitimidad ínsita en el título mediante el cual se persigue directamente la satisfacción del derecho y el pago de la obligación, resulta lógicamente imprescindible que del mismo documento aducido emerjan en forma clara y cierta las circunstancias de quiénes están autorizados para obtener una decisión sobre la pretensión formulada y quiénes son los que se hallan obligados a satisfacerla.

Este requisito, que es uno de los supuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo, consiste, para el demandante, en *ser titular del interés* para que se decida sobre el derecho o relación jurídico-material pretendido (sea que exista o no ese derecho o relación), y en el demandado, en ser el sujeto con facultad para controvertirlo.

De tal forma, la ejecución sólo podrá ser incoada útilmente por el titular (del interés o del derecho, según la posición doctrinaria que se adopte al respecto) contra quien esté obligado a satisfacer la pretensión.

Obviamente, tal legitimación debe surgir expresa o implícitamente (caso de un documento extendido al portador) del propio título, única forma susceptible de ser constatada por el juez antes de dictar el auto de *citación de remate* mediante el cual, y como luego se comprenderá mejor, el juez invierte la carga de afirmar toda vez que acepta sin más la existencia del derecho contenido en el título ejecutivo.

La ausencia de este requisito en un proceso declarativo, puede ponerse de manifiesto por el demandado a través de la llamada *excepción de falta de acción*, o *defensa sine actione agit* o, como la denomina el CPCN, 347, 3°, *falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado.*

Pero tal defensa no se encuentra comprendida en la enunciación de excepciones procedentes en el proceso ejecutivo que hacen generalmente todos los códigos del país[2].

2 Salvo, por ejemplo, CPCN, 605, para el caso de ejecución fiscal.

En razón de no corresponder jurídicamente que el juez dicte sentencia a favor de quien no es acreedor o en contra de quien no es deudor sin dar a éste la posibilidad de alegar tal circunstancia en el propio proceso, pienso que la vigencia del requisito en cuestión puede ser defendida mediante la excepción de inhabilidad de título que, aunque deba referirse a sus elementos extrínsecos, resulta ser la única idónea para el caso (art. 475, 2°).

b) *Causa lícita de la obligación contenida en el título*

Del juego de las normas contenidas en CC, 499 y 502, surge en forma evidente que no puede existir obligación sin causa lícita.

Como la expresión *causa lícita* utilizada en la última disposición citada alude al fundamento u origen lícito de un acto jurídico y, en especial, a la *fuente de la obligación,* parece claro que siendo ilícita ésta, es de ningún efecto, porque al no existir contrato o ley que la fundamente, la obligación resulta *sin causa* por carecer de origen.

Para los jusprivatistas, esta circunstancia adquiere particular relevancia dentro del proceso, al advertir que no puede resultar indiferente el examen de la causa obligacional toda vez que, si no se acepta ella, el ejecutante puede lograr una sentencia a su favor a base de una obligación inexistente.

De ser factible tal cosa, parece evidente que el valor *legitimidad,* más importante que el valor *justicia,* se vería vulnerado puesto que el ordenamiento jurídico (procesal) no resultaría idóneo para hacer efectivo su propio fin al vedar la posibilidad de oponer excepciones causales.

Sin embargo, frente al principio de seguridad jurídica –obviamente importantísimo –existe otro principio no menos importante: el de la celeridad en las transacciones comerciales, fundado en la necesidad de que el deudor cumpla tempestivamente con su obligación a fin de no resentir, eventualmente, la economía general.

Sobre tal base, la doctrina comercialista ha concebido los títulos valores de contenido crediticio con los caracteres de *formalidad, autonomía, literalidad* y *abstracción,* que los desvinculan por completo de la causa que les dio origen y, por tal razón, se sostiene desde antaño que resulta imposible –en las *"acciones cambiarias"*– efectuar planteos causales dentro del proceso de ejecución.

Posteriormente, y tal como luego se verá, razones de política legislativa no siempre compartibles determinaron que la ejecutividad de un título –originariamente aceptada para papeles de comercio– se extendiera a otros, tales como salarios, alquileres, etc. No obstante ello, circunscribo a la cambial la exposición del problema causal, por ser este punto comprensivo de los demás títulos ejecutivos no cambiarios.

En conclusión: todo título ejecutivo *debe tener causa lícita*; que se pueda o no discutir su existencia en el mismo proceso o en otro posterior, es contingente y sujeto a la política legislativa imperante en determinado momento y lugar.

Empero, obviamente, la existencia de causa y la licitud de la obligación se presumen, de modo que nada tendrá que alegar el ejecutante al respecto, salvo que del texto mismo del título surja su ilicitud (por ejemplo, que fue extendido como consecuencia de una deuda de juego) en cuyo caso el juez no podrá dictar el *auto de admisión de la ejecución.*

c) *Exigibilidad de la deuda expresada en el título*

Este requisito exige que la obligación fuente de la deuda a ejecutar no esté sujeta a plazo (es decir, debe ser de *plazo ya vencido*) (CC, 566 y 509) o a condición (es decir, debe ser *pura y simple*) (CC, 527).

Refiero seguidamente al primero de ellos, dejando el segundo para considerarlo en el número siguiente.

c.1) *Obligaciones de plazo vencido*

Existe *plazo* cuando los efectos del acto jurídico están subordinados al transcurso del tiempo o al acaecer de un acontecimiento futuro y cierto.

De tal forma, se entiende por *plazo* el lapso transcurrido desde la conclusión del acto hasta la llegada del *término,* debiendo aceptarse por tal el día cierto o incierto, pero necesario, en el cual los efectos de la relación jurídica comienzan o concluyen (CC, 566).

El plazo presenta dos caracteres *esenciales*: debe ser: 1) *futuro* y 2) *cierto* (significa que debe llegar fatalmente). Esta conceptuación sirve aun para caracterizar al impropiamente denominado *plazo incierto,* que es el que se fija con relación a un hecho futuro necesario para terminar el día en que ese hecho necesario se realice.

El plazo, puede ser: 1) *legal* (establecido por ley); 2) *judicial* (acordado por los jueces en los casos en que están autorizados para hacerlo) (CC, 509, 3° párrafo); 3) *convencional* (establecido por las partes de común acuerdo).

Cabe agregar que todo plazo expira siempre en la fecha de su vencimiento, a partir del cual la respectiva obligación deja de ser *de plazo pendiente* y se torna *exigible:* porque el acto sometido a plazo se convierte, a su vencimiento, en acto puro y *simple.*

Procesalmente, la vía ejecutiva procede sólo cuando del título que se intenta ejecutar resulta la exigibilidad del crédito (art. 442, 1° y CPCN 520).

La falta de exigibilidad del título puede fundar la excepción de inhabilidad aunque no haga a sus formas extrínsecas o aspectos puramente externos, si lo que se discute es la procedencia misma de la acción ejecutiva. A igual solución puede llegarse cuando, por acuerdo de partes, ha quedado derogada la exigibilidad de los documentos fundantes de la ejecución.

c.2) *Obligaciones que carecen de plazo*

Existen obligaciones sin plazo, exigibles en cualquier momento, tales como las letras de cambio y documentos similares que se extienden *como pagaderos a la vista*[3] y el precio de las mercaderías compradas al contado (CCom, 465 y 474), que son pagaderas desde el momento en que se constituyen.

Obviamente, la exigibilidad de la prestación en tales casos no requiere explicación alguna. En cambio, existen también obligaciones sin plazo porque se omitió fijarlo en el acto de constitución. En tales supuestos, el acreedor no tiene acceso directo a la vía ejecutiva, a menos que el deudor haya consentido la fijación de un plazo por el acreedor, en cuyo caso no podrá aducir posteriormente ese defecto para impugnar la habilidad del título dentro del procedimiento ejecutivo.

En estas hipótesis, el plazo dentro del cual debe hacerse el pago tiene que ser fijado judicialmente, previo traslado al deudor y sin más trámite (arts. 445, 3° y 450) (CPCN, 525, 3°).

d) *Obligación pura o condición cumplida*

Una obligación es *pura* cuando su cumplimiento no depende de condición alguna, resultando obvio que no existe deuda exigible en las obligaciones condicionales hasta tanto no se haya cumplido la respectiva condición (arts. 447 y 446).

Resulta claro así que no trae *aparejada ejecución* un título que contiene una obligación condicional si no se prueba que la condición se cumplió con el mismo título o con otro documento público o privado reconocido que se presente con aquél, o si el propio deudor no reconoce previamente tal circunstancia (art. 443).

---

3 DL 5965/63, art. 36: «La letra de cambio a la vista es pagable a su presentación. Ella debe presentarse para el pago dentro del plazo de un año desde su fecha, pudiendo el librador disminuir o ampliar este plazo. Estos plazos pueden ser abreviados por los endosantes. El librador puede disponer que una letra de cambio a la vista no se presente para el pago antes de un término fijado. En tal caso el plazo para la presentación corre desde ese término». Art. 103: «Son aplicables al vale o pagaré, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones de la letra de cambio relativas ... al vencimiento (arts. 35 al 39)".

En tal caso, la vía ejecutiva deberá ser preparada mediante el procedimiento respectivo (art. 447) (CPCN, 525, 4°), al igual que cuando el título consiste en contrato bilateral, a fin de que el presunto deudor reconozca haberse cumplido las obligaciones pactadas a su favor (art. 446).

e) *Objeto cierto y determinado o deuda líquida*

En principio, este requisito alude a que la obligación exigible sea de dar suma de dinero (CPCN, 520) o, cual lo hacen algunas leyes aisladas (art. 442), de dar valores o cosas ciertas y determinadas o de hacer (obligación de otorgar escritura pública).

Pero además, este requisito sujeta la existencia del título a la circunstancia de que de su texto no resulte dudoso lo que se debe ni su determinación cuantitativa; en otras palabras, para que el título sea ejecutable es necesario que contenga la promesa de cumplir una prestación obligacional que tenga su objeto claramente *cierto* y *determinado* y, que, además, no esté subordinada a condición alguna.

Además, esa obligación debe referir actualmente a una:

A) *deuda líquida:* la que no esté subordinada a condición alguna. Por ejemplo, una *obligación de hacer*, tal como la de otorgar escritura pública y una *obligación de dar suma cierta y determinada de dinero*; o una

B) *deuda liquidable:* aquella referida a una obligación de dar suma de dinero que, no siendo líquida, pueda calcularse su monto mediante simples operaciones aritméticas realizadas a partir de las bases que el mismo título suministra. Por ejemplo, una deuda de siete meses de alquiler por la suma mensual convenida como precio de la locación: al efecto, se multiplica el número de cuotas adeudadas por el importe de cada una de ellas, ya que en tal caso, no puede sostenerse que se está ante un supuesto de suma ilíquida que requiera su previa determinación por vía judicial y un expreso pronunciamiento de certeza a su respecto.

En general, la ausencia de este presupuesto se pone de manifiesto a través de la excepción de inhabilidad de título.

Véanse ahora algunos temas muy puntuales acerca del objeto.

e.1) *Deuda parcialmente líquida*

Si la deuda es en parte líquida y en parte ilíquida (no fácilmente liquidable por simples operaciones aritméticas), el título es hábil para la ejecución de la cantidad líquida y determinada, sin perjuicio de la circunstancia de que el acreedor reserve la cantidad ilíquida para demandarla por otra vía declarativa.

Tal afirmación, que condice con los principios generales antes expuestos en materia de objeto de la ejecución, se refiere –obviamente– al capital reclamado y no a sus accesorios (por ejemplo, rubro intereses) pues éstos entran dentro de la categoría de *deuda ilíquida pero fácilmente liquidable.*

e.2) *Clasificación del objeto*

No todas las leyes procesales vigentes en América otorgan vía ejecutiva para un mismo objeto, pudiendo hacerse así la siguiente clasificación:

e.2.1) *Obligación exigible de dar cantidad líquida de suma de dinero nacional*

Es el objeto común y se encuentra previsto en el art. 442 (CPCN, 520).

Se trata en suma de las obligaciones legisladas en CC, 616 y ss., conocidas en la doctrina como:

A) *obligaciones de cantidad* o *deudas numerarias* (no interesa que sea moneda valorizada o depreciada en el mercado económico; se debe siempre la misma cantidad cuantitativamente considerada). Casi siempre son líquidas. Y como

B) *deudas de valor* (CC, 619) (donde el objeto de la obligación es la cantidad de valor estipulada y esa cantidad debe ser la entregada por el deudor, sin interesar el medio cancelatorio empleado en tanto el acreedor vea satisfecha su pretensión). Siempre son liquidables.

e.2.2) *Obligación exigible de dar cantidad líquida de moneda extranjera*

Este tipo de obligación no era mencionado en los códigos anteriores al de la Nación Argentina (art. 442). A partir de su vigencia, aparece constantemente en las normativas provinciales, salvo en las que aún se mantienen indemnes de su normativa.

Esto ocurre al socaire de lo resuelto por abundante jurisprudencia nacional, estableciéndose que la ejecución de la cantidad de moneda extranjera debe promoverse por su equivalente en moneda nacional según la cotización oficial al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día del pago.

Este tipo de obligación encuadra siempre dentro del grupo de *deuda liquidable*, ya que su calidad de líquida resulta de multiplicar la cantidad de moneda por su cotización en el mercado, y como la conversión de una moneda a otra debe hacerse al tipo de cambio vigente en el día del pago, resulta que el monto de la ejecución es siempre el estipulado en moneda extranjera, siendo por tanto provisional el monto del juicio en moneda argentina y, por ende, la determinación de la cantidad a embargar.

Para terminar, cabe aclarar que si bien el art 442 no prevé específicamente el

supuesto de la obligación en moneda extranjera, la ejecución resulta procedente también allí, no sólo porque la demanda debe efectuarse en moneda argentina sino también porque, en última instancia, se trata de dar cosa cierta y determinada, sustituible por moneda nacional.

e.2.3) *Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores*

Salvo en el CPC SFE, que consagra expresamente la ejecutividad de este tipo de obligación (art. 442), no se encuentra contemplado en la mayoría de los códigos que siguen al CPCN, que admite la vía ejecutiva sólo respecto de sumas de dinero, con olvido de los antecedentes españoles que permiten desde antiguo el acceso a tal vía cuando la pretensión se refiere a valores o cosas que se cuentan, miden o pesan.

La norma se aplica para las obligaciones previstas en CC, 606, de tal suerte que el deudor sólo podrá entregar como prestación una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad (CC, 607) quedando individualizada la cantidad como cosa cierta después que fuere contada, pesada o medida por el acreedor (CC, 609).

e.2.4) *Obligación exigible de dar cosa mueble cierta y determinada*

No todos los códigos prevén este tipo de título no obstante a que nada indica que no puede tener ejecutividad un título que exprese tal suerte de obligación. Eso es lo que, por ejemplo, legisla el art. 442.

e.2.5) *Obligaciones de hacer*

Son obligaciones de hacer las que tienen por objeto la realización de un hecho y, como por su naturaleza son rebeldes al procedimiento compulsorio, los códigos argentinos –en general– no las contemplan en la enunciación que hacen de los títulos ejecutivos, salvo los de Santiago del Estero y Santa Fe (art. 457), que establecen expresamente que puede procederse ejecutivamente por *obligación de otorgar escritura pública*, siempre que la pretensión se deduzca en virtud de título que traiga aparejada ejecución.

Aparentemente, la innovación que traen los citados códigos sobre el resto de las legislaciones procesales argentinas se refiere sólo a la posibilidad de abrirse la vía ejecutiva en el exclusivo caso de escrituración. Sin embargo, otros códigos, al igual que el de SFE, art. 265, establecen que, en caso de que se condenare en juicio declarativo a otorgar una escritura pública y el ejecutado no lo hiciere en el plazo señalado en la sentencia, el juez ordenará a opción del ejecutante que se haga a costa del deudor o se otorgue la escritura por el mismo juez a nombre del obligado o que éste pague los daños y perjuicios (CPCN, 512).

3.2.2. ENUNCIACIÓN EJEMPLIFICATIVA DE TÍTULOS EJECUTIVOS

Presento ahora una simple ejemplificación de *títulos que posibilitan ejecución*:

a) los instrumentos públicos (art. 442, 1°; CC, 979);

b) los documentos privados suscritos por el obligado y reconocidos judicialmente (art. 442, 1°) (CPCN, 523, 2°) o certificados en su firma por escribano público con intervención del obligado y registrada la certificación en el respectivo protocolo (CPCN, 523, 2°);

c) los créditos provenientes de alquileres de inmuebles (CPCN, 523, 6°) (art. 442, 2°);

d) la confesión de deuda líquida y exigible prestada ante juez competente para conocer en la ejecución (CPCN, 523, 3°) (aunque no en CPC SFE donde se prohibe expresamente, art. 444);

e) el saldo reconocido en juicio de rendición de cuentas por el obligado a rendirlas (art. 530);

f) la letra de cambio[4], el vale[5] o el pagaré[6], protestados o emitidos con la cláusula *sin protesto*;

g) la factura conformada[7];

h) el cheque[8];

i) la constancia de saldo deudor de cuenta corriente bancaria[9];

---

4 La fuerza ejecutiva emerge del DLn 5965/63, 60 (ratificado por Ln 16478): "La letra de cambio debidamente protestada es título ejecutivo para accionar por el importe del capital y accesorios...".

5 La fuerza ejecutiva emerge del DLn 5965/63, 103 (ratificado por Ln 16478).

6 Ver nota anterior.

7 Ln 24760, 14: "En las condiciones establecidas en los artículos precedentes, la factura de crédito, o documento equivalente, es título ejecutivo para accionar por el importe del capital y accesorios, conforme lo dispuesto por los artículos 52 y 53 del decreto-ley 5965/1963 ratificado por la ley 16478".

8 Ln 24452, 38 establece que: "Cuando el cheque sea presentado en los plazos establecidos en el artículo 25, el girado deberá siempre recibirlo. Si no lo paga hará constar la negativa en el mismo título, con expresa mención de todos los motivos en que las funda, de la fecha y de la hora de la presentación, del domicilio del librador registrado en el girado. La constancia del rechazo deberá ser suscripta por persona autorizada. Igual constancia deberá anotarse cuando cheque sea devuelto por una cámara compensadora. La constancia consignada por el girado producirá los efectos del protesto. *Con ello quedará expedita la acción ejecutiva que el tenedor podrá hincar contra librador, endosantes y avalistas...*"

9 CCom, 793, en párrafo introducido por el DLn 15354/46, dispone que: "Las constancias de

j), el juramento decisorio;

k) los créditos por expensas comunes (CPCN, 524);

l) los títulos de ejecutividad convencional de los propios interesados;

ll) los demás títulos a los cuales las leyes hayan dado fuerza ejecutiva (art. 442, 3°).

4. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

Ya expliqué *supra* la especial característica de este tipo de juicio: la ley invierte la carga de afirmar en la demanda y la desplaza hacia el ejecutado para que éste afirme alguna excepción que obste a su progreso.

Ello ocurre cuando el juez acepta sin audiencia previa del deudor la validez del derecho que instrumenta el título y dicta la resolución mediante la cual lo *cita de remate* (art. 473) y lo *intima* para que pague la deuda u oponga excepción legítima, con la prevención o apercibimiento en ambos casos de que, si no cumple una u otra tarea en el plazo establecido al efecto por la ley, dictará nueva resolución ordenando continuar sin más el trámite de remate de los bienes embargados (*sentencia de trance y remate)* (art. 473).

A este último efecto, en la misma resolución el juez ordena trabar embargo sobre bienes libres y embargables del deudor en cantidad suficiente para cubrir el monto líquido de la deuda y sus accesorios (art. 452).

Ya he sostenido antes que, caso de no pagar el deudor y de trabarse embargo sobre sus bienes, es razonable el dictado de la segunda resolución para ordenar su inmediata venta en subasta.

Fase preparatoria

a) La vía ejecutiva puede prepararse mediante el procedimiento previsto en los arts. 445, 446, 447, 448 y 449.

b) Sobre caducidad de las medidas preparatorias, ver art. 451.

c) La preparación de la vía ejecutiva compete al juez de lo principal (art. 5, 8°).

d) Los jueces no son recusables durante las medidas preparatorias (art. 17, 1°).

e) Para el caso del art. 445, 1°, ver el procedimiento en el art. 451 y el art. 449 cuando se trata de firma a ruego o autorización.

---

los saldos deudores en cuenta corriente bancaria, otorgados con las firmas conjuntas del gerente y contador del Banco, serán considerados títulos que traen aparejada ejecución, siguiéndose para su cobro los trámites que para el juicio ejecutivo establezcan las leyes de procedimientos del lugar donde se ejercite la acción".

f) Para el caso del art. 445, 2°, ver art. 448.

g) Para el caso del art. 445, 3°, ver el procedimiento en el art. 450.

Fase cautelar

a) El trámite de la fase cautelar del juicio ejecutivo está regulado a partir del art. 452.

b) Para el caso de embargo por deuda de cantidad de cosas, ver los arts. 453 y 455; para el de deuda de valores, ver el art. 454. Para el de escrituración, ver el art. 457.

c) El procedimiento cautelar está regulado a partir del art. 459.

d) Si durante el curso del juicio se hace exigible una nueva cuota de la misma obligación bajo ejecución, ver el art. 478. En caso de cuotas posteriores a la sentencia, ver el art. 479.

Fase contenciosa

a) El trámite de la fase contenciosa del juicio ejecutivo está regulado a partir del art. 473.

b) El emplazamiento previo está legislado en el art. 72 y se notifica por cédula (art. 62, 1°).

c) El trámite del juicio en rebeldía se halla establecido a partir del art. 78.

d) Las excepciones admisibles están reguladas en el art. 475.

e) En juicio ejecutivo no procede la representación del rebelde, el recurso de rescisión ni la suspensión de la ejecución (art. 86). Tampoco el arraigo (art. 329).

f) La citación de remate se notifica por cédula (art. 62, 2°). La jurisprudencia plenaria (art. 375) de las Cámaras de apelación en lo civil y comercial de Santa Fe y Rosario ha establecido que "la notificación de la providencia que ordena la citación de remate, hecha sin fórmula expresa de ejecución o realización, es jurídicamente eficaz para colocar al litigante destinatario en la obligada situación de cumplir con la carga que genera la orden notificada" (autos "Risuli c. Wolojviansky", Santa Fe, 17.09.71, ver sentencia en Juris, 39-161).

g) La nulidad prevista en el art. 480, 1° proviene de la excepción de nulidad a la cual refiere el último párrafo del art. 475. Ver art. 481 por la subsistencia del embargo trabado.

h) El rechazo de la ejecución debe ser consecuencia del acogimiento de alguna de las excepciones admisibles que se enuncian en el art. 475.

i) El llevar adelante la ejecución supone que el título es ejecutivo y que no se han opuesto excepciones (art. 473) o que se desestiman las opuestas.

j) La sentencia debe regular los honorarios de los profesionales de ambas partes (art. 257).

k) Para el caso de demanda ejecutiva de escrituración, el contenido de la sentencia está determinado en el art. 457.

l) A la ampliación de la sentencia ejecutiva por cuotas que vencen después de su dictado se refiere el art. 479.

m) La sentencia se notifica por cédula (art. 62, 7°) salvo caso de rebeldía (art. 81).

n) El régimen de impugnaciones está previsto en los arts. 484 y 485. No se aplica al juicio ejecutivo el supuesto recursivo del art. 346, 2°, de donde resulta que ningún incidente es apelable.

o) Tampoco es apelable la propia sentencia en el caso del art. 474 (el ejecutado citado en persona no opone excepción admisible).

p) El recurso de apelación se concede en relación (art. 351).

q) Atendiendo el texto del último párrafo de la norma, en el caso que el actor preste fianza para responder al resultado del pleito, el cambio de efecto debe hacerlo el juez ante quien se dedujo la apelación, con lo cual se configura una excepción al régimen de los arts. 248 y 355. Cosa similar ocurre en el juicio de desalojo (art. 523).

Fase de cumplimiento

a) El trámite de la fase de cumplimiento del juicio ejecutivo está regulado a partir del art. 486.

b) La ejecución se suspende en caso de tercería de dominio pero no en la de mejor derecho (art. 321).

c) Para el trámite del desapoderamiento rigen, en lo pertinente, los arts. 459 y ss.

d) La Lp 12036 reformó la Lp 7234 –Defensa en Juicio del Estado– y estableció el régimen de cobro de condenas judiciales contra el Estado Provincial o alguno de los entes y organismos que integran el sector público provincial, municipios y comunas (v. arts. 9, 9 *bis* y 9 *ter*).

4.1. LAS RESTRICCIONES A LA DEFENSA EN EL JUICIO EJECUTIVO

Ya adelanté que la celeridad de este tipo de procedimiento se logra mediante la reducción de plazos y de medios defensivos. En rigor de verdad, no hay otra forma posible de hacerlo.

En cuanto a los plazos, notará el lector que el tiempo concedido para ejercitar la defensa siempre es harto breve: 3 días (art. 473), lo que obviamente conspira contra un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio.

En lo que toca a la restricción de defensas, ya se sabe que el demandado no puede negar hecho alguno en razón de que el derecho del ejecutante viene predeclarado por la ley en el propio título que el juez debe aceptar como válido, en modo similar a lo que ocurre en la ejecución del título ejecutorio *sentencia*.

Esa es la razón por la cual todos los códigos limitan el número de excepciones admisibles. Y así lo hace el art. art. 475:

a) *Excepciones procesales del art. 139* (art. 475, 1°);

b) *Excepción de falsedad material* (art. 475, 2°)

Con esta excepción se sostiene la falsificación o la adulteración material del documento ejecutivo, en todo o en parte. Pero no alcanza para discutir idóneamente la causa obligacional, so capa de su falsedad, ya que ella debe referir sólo y estrictamente al mismo documento.

A los fines de su admisibilidad no basta la mera negativa de la firma en razón de la fehaciencia del título;

c) *Excepción de inhabilidad de título* (art. 475, 2°)

Desde siempre, esta excepción se halla limitada a las *formas extrínsecas del título*, lo que implica que las *intrínsecas* son ajenas a toda posibilidad de discusión en el juicio ejecutivo. En otras palabras: ella debe versar sólo acerca de si el documento muestra a simple vista, exacta y puntualmente, la totalidad de los requisitos ya vistos precedentemente.

De esta forma, y tal como ya lo he adelantado, la ley prohibe que el debate procesal verse acerca de la causa obligacional, sin que pueda discutirse su legitimidad;

d) *Excepción de prescripción* (art. 475, 3°);

e) *Excepciones de pago, quita, espera, remisión, novación, transacción y compromiso, documentados* (art. 475, 4°);

f) *Excepción de compensación de crédito líquido que resulte de documento que traiga aparejada ejecución* (art. 475, 5°);

g) *Excepción de nulidad de la ejecución* (art. 475, últ. párr.).

4.2. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EJECUTIVA

Dada no sólo la sumariedad del trámite sino, y muy particularmente, la inversión de la carga de afirmar y la imposibilidad de discutir la causa de la obligación que se ejecuta, se acepta desde siempre que la sentencia que se dicta como objeto del proceso de que se trate no alcanza los efectos propios del caso ya juzgado.

De ahí que los códigos admiten pacíficamente que "Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover juicio declarativo posterior" (CPCN, 553).

A raíz de ello, muchos autores enseñan que la sentencia ejecutiva produce sólo *cosa juzgada formal* (en tanto se acepta discusión posterior de la causa). Y no es así, afirmación que se aceptará de buen grado apenas se repare en el texto del art. 483: "Cualquiera sea la sentencia, tanto el actor como el demandado tendrán derecho a promover el juicio declarativo que corresponda. En éste, *no estará permitido discutir las excepciones procesales relativas al anterior y tampoco cualquiera defensa o excepción admisible en el mismo sin limitación de pruebas, cuando hubiesen sido ventiladas y resueltas en él*".

La primera impresión que genera la lectura de tal norma causa asombro pues, si se mira sin detenimiento el tema, parece que nada puede ser discutido con posterioridad salvo lo relativo a la causa obligacional.

Sin embargo, no es así: repárese en que lo que no puede hacerse es oponer defensas que pudieron deducirse en el juicio ejecutivo en tanto no tuviesen limitada o restringida la prueba. Y si se lee nuevamente la norma del art. 475 precedentemente transcrita, se verá que todas las excepciones mentadas en el inc. 4) deben ser *documentadas,* con lo cual se limitan los medios probatorios.

Y que la misma limitación tiene el caso previsto en el inciso 5), pues la compensación debe hacerse sólo con otro título ejecutivo.

De tal forma, la única excepción fundada en causas extintivas de las obligaciones que no puede ser reiterada en el juicio posterior es la de *prescripción* que, a simple vista, carece de toda restricción en su alegación y prueba.

5. LA CRÍTICA AL SEUDO SISTEMA QUE GENERA *TÍTULOS EJECUTIVOS*

Al comenzar este título hice referencia a la imposibilidad de construir una *teoría general* de los títulos susceptibles de ejecución a partir de la realidad.

Y ello porque la *ejecutoriedad de la sentencia* fue reproducida inicialmente otorgando *ejecutividad a ciertos instrumentos públicos.*

Si bien se considera, ambos gozan de una calidad común: la fehaciencia del documento y, por ende, de la deuda que ambos declaran.

En tanto el legislador tuvo en miras repetir la escena (por ejemplo, otorgar ejecutividad al documento privado reconocido judicialmente, con lo cual el caso se equipara plenamente al del instrumento público), no había mayores problemas para mostrar un verdadero sistema con visos de universalidad.

Pero cuando todo ello sufrió enorme y definitivo desfase, produciéndose el caos legislativo que se advierte luego de la simple lectura de lo escrito hasta aquí, creo que es conveniente intentar una crítica seria para poder llegar algún día al *sistema* que se propicia en esta obra.

Y para ello habrá que razonar a partir de la comparación de dos conceptos que entrañan categorías lógicas diferentes: *fehaciencia* y *ejecutividad* a efectos de determinar al fin la conveniencia de reformar el sistema argentino en materia de juicio ejecutivo.

De hacerse esta tarea habrá que variar la nómina de títulos ejecutivos a fin de dar diferente tratamiento a los que actualmente lo son pero corrigiendo la notable distorsión que existe entre títulos que son ejecutivos y que, además, son fehacientes, y los títulos también ejecutivos pero que no son fehacientes.

En otras palabras: habrá que efectuar un paralelo conceptual entre lo que puede ser *causa de ejecución* y lo que la ley admite como *ejecutable.*

Causa de ejecución debe ser sólo un título *fehaciente* (cual la sentencia o el instrumento público). Sin embargo, legalmente, son ejecutables los *títulos ejecutivos* (el pleonasmo es de la ley).

De allí que el punto de referencia inicial sea la distinción entre ambos calificativos.

La *fehaciencia* es una cualidad intrínseca del título que hace que éste –en mayor o menor grado– deba gozar de fe en juicio. La *ejecutividad* es, simplemente, un atributo legal –divorciado de la fehaciencia en la realidad– que se otorga indiscriminada y caprichosamente a títulos disímiles en su esencia.

O sea que la fehaciencia y la ejecutividad, que debieren aparecer como causa y consecuencia de una misma situación (si el título hace fe en juicio, la ley debe acordarle ejecutividad) y, por tanto, recorrer idéntico camino, aparecen como descarriladas en andariveles distintos y muy difíciles de aprehender.

La legislación argentina es heredera directa del sistema español, lo cual supone ya partir de un régimen sumarizado y no ejecutivo. Pero ese carácter se ha acentuado con el tiempo, por la sencilla razón de haberse otorgado legislativamente fuerza ejecutiva a títulos no fehacientes.

En pura ortodoxia, fuerza es reconocer que –descartada la autodefensa– la ejecución de un derecho exige contar con la declaración jurisdiccional de ese derecho. Así, entonces, el único derecho ejecutable sería el emanado de la sentencia.

Sin embargo, es razonable que a ciertos títulos se les otorgue el mismo valor de fehaciencia de la sentencia y, por tanto, se les conceda ejecutividad.

Así, no se contradice con el principio enunciado el que la confesión hecha en juicio o el reconocimiento de deuda hecho ante un fedatario, puedan tener la *misma* fehaciencia que el derecho emanado de una sentencia.

Lo que no es lógico ni entendible es que a una simple declaración unilateral del propio acreedor –como es la liquidación de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal– se le otorgue ejecutividad cuando, por su propia esencia, carece de toda fehaciencia (p. ej.: CPCN, 524).

Esto, la inclusión de títulos no fehacientes como habilitantes de la vía ejecutiva, es lo que ha distorsionado el sistema de la ejecución en nuestros países.

Se trata, sin más ni más, de una guerra librada entre la *ejecutividad*, y el *derecho de defensa en juicio*, donde han existido concesiones recíprocas. En pro de la ejecutividad –digamos con precisión, de la celeridad– se han creado legislativamente títulos ejecutivos que no tienen la condición básica de la

fehaciencia; pero justamente, como consecuencia de ello, se ha ordinarizado cada vez *más* el proceso, ampliando el conocimiento y, por ende, transformándose en una simple cognición sumaria.

En síntesis: no existe jurídicamente una correspondencia entre la causa ejecutable y el proceso de ejecución, circunstancia ésta que, por sí sola, autoriza la revisión de la normativa vigente.

De ahí que ahora proponga hacer una adecuada categorización de los títulos en tanto contengan: 1) un derecho instrumental + un derecho material judicialmente declarado; 2) sólo un derecho instrumental; 3) sólo un afirmado derecho material.

El primer supuesto implica que, a través de un proceso jurisdiccional de pleno conocimiento, se haya declarado la existencia de un derecho material. En consecuencia, tal resolución judicial (o arbitral, en su caso) posibilita acceder directamente a la ejecución. Siguiendo la terminología utilizada *supra*, estaríamos en presencia de un *título ejecutorio*.

El segundo supuesto lleva implícita una instrumentación extrajudicial de la deuda revestida de cierta legalidad o formalidad, lo que otorga al acreedor la posibilidad de hacer efectivo su crédito, con un previo conocimiento jurisdiccional limitado a la regularidad formal del título y a las causas extintivas de la obligación. Se está ahora frente a un *título ejecutivo*.

Empero, se impone aquí hacer una importante distinción: el título que instrumenta la deuda puede ser *fehaciente* (caso del reconocimiento de deuda hecha por el deudor frente al acreedor y a escribano público) o *no fehaciente* (caso de un título cambiario emitido por el deudor).

En ambos casos existe una instrumentación extrajudicial de la deuda, revestida de cierta formalidad; pero, en el primer supuesto la fehaciencia está dada por la intervención, en el acto, de un funcionario investido de fe pública; en el segundo, y obviamente, tal requisito no existe. Y a raíz de ello, dada su distinta naturaleza óntica, deben gozar de diferente tratamiento legal en lo que a fuerza ejecutiva refiere.

Por último, el tercer supuesto sólo justifica su fuerza ejecutiva por razones de política legislativa: otorgar el acceso del acreedor a la efectivización del crédito, de la manera más rápida y expeditiva (caso, por ejemplo, de los créditos provenientes de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal). Aquí estamos frente a *títulos ejecutivos impropios*, pues la fuerza ejecutiva otorgada por la ley no se vincula con la fehaciencia del instrumento que contiene la afirmación de la existencia de un derecho material.

De aquí que, para iniciar la ejecución, es menester una cognición jurisdiccional plena (esto es, referida a examinar la existencia del derecho), si bien reducida en cuanto a términos (trámite abreviado), por responder ello a intereses protegidos contingentemente por la política legislativa estatal.

En definitiva, cualquiera fuere el número de títulos ejecutivos que la ley reconozca, el fundamento de su idoneidad para proceder coactivamente radica en la certidumbre de la existencia del derecho que de ellos resulta: la certidumbre es definitiva en el supuesto de la sentencia firme; provisoria en los demás casos.

Por eso es que en los primeros (títulos ejecutorios) no resulta posible discutir el derecho, pues éste ya se discutió y declaró; en los segundos (títulos ejecutivos), la posibilidad existe pero en forma limitada según la mayor o menor fehaciencia del título.

6. EL PROCEDIMIENTO MONITORIO

En los últimos años, y procurando la doctrina lograr la siempre anhelada agilización del trámite procesal en general, se ha empezado a cantar loas al llamado *proceso monitorio* que, al funcionar sólo con uno de los interesados, no es propiamente un proceso. De ahí el título que he puesto a este tema: *procedimiento monitorio*.

Hasta aquí hemos visto que el proceso se desarrolla mediante una serie compuesta de cuatro etapas sucesivas: afirmación – negación – confirmación – evaluación, y que la primera de ellas corresponde exclusivamente al actor: él debe afirmar en su demanda la existencia de hechos ocurridos en la realidad de la vida (conflicto) y que hasta ahora son *inciertos* (pues pueden ser contestados), debe también implicarlos en una norma general, abstracta y previa y, a base de ello, pretender alguna declaración o constitución de derecho o condena a la realización de una prestación.

Esto no ocurre en el procedimiento *monitorio*, en el cual el juez actúa *sin oír previamente al demandado* pues acepta y presume que el actor tiene un derecho cierto que la misma ley ha calificado como tal. Y a raíz de ello, emite en el acto una sentencia que será directamente operativa sólo si el demandado *no se opone a ella*, deduciendo algún medio de defensa aceptado por la ley.

La palabra *monitorio* no parece, así, que sea propia para marcar el verdadero significado que se le otorga actualmente en el Derecho.

La idea de este tipo de procedimiento viene de Italia, cuyo CPC, 633 legisla el *procedimento d'ingiunzione* y se utiliza para el cobro de ciertas acreencias que carecen de ejecutividad. A guisa de ejemplo: honorarios de abogados, procuradores y notarios, que se prueban por escrito.

Sobre esta base, el procedimiento comienza con una demanda que contiene una pretensión que debe mostrar las condiciones de regularidad previstas en la ley. Ante ello, el juez emite de inmediato la sentencia con mandato de intimación de pago y embargo de bienes, a la cual el ya condenado puede oponerse presentando los argumentos defensivos del caso y, a partir de allí, discutir procesalmente acerca del contenido de tales defensas (o excepciones), no de los hechos fundantes de la pretensión del actor.

Si bien se mira, esto es muy parecido a lo que he mostrado *supra* como procedimiento ejecutivo que también exhibe una estructura monitoria: eso es, precisamente, la citación de remate.

Creo que esa experiencia no puede desaprovecharse y, así, cabe aceptar la conveniencia de llamar a las cosas por su nombre, entendiendo que el auto de citación de remate es propiamente una sentencia monitoria. Ello nos llevará a aceptar este tipo procedimental para la ejecución de los títulos fehacientes que antes he mencionado y para otras cosas que carecen de ejecutividad: por ejemplo, la pretensión de cobro de acreencias de muy bajo monto (las *pequeñas causas*, que tanto preocupan a la doctrina de América) que, desde siempre, carecen de toda posibilidad justiciable.

No se vea en esta afirmación una claudicación de principios en cuanto al mantenimiento que en esta obra se hace del respeto al derecho de defensa:

a) en el caso de los títulos fehacientes, no creo que haya contradicción alguna, toda vez que el derecho que ampara al ejecutante viene al juicio predeclarado y presumido por la ley. De donde resulta que no es irrazonable invertir la carga de afirmar: en lugar de hacer que el actor afirme los hechos fundantes de su pretensión, lo hace el ejecutado respecto de las razones que tiene para que la ejecución no prospere. Y esa es, precisamente, la materia litigiosa;

b) en el caso de las pequeñas causas, por obvias razones de tipo político antes que jurídicos: miles y miles de pequeñas acreencias no pueden ser percibidas por imposibilidad de persecución judicial[10].

10 Piénsese en el despacho *al fiado* de un almacenero, tan común en nuestro país; la acreencia de un jornalero, de un plomero por el arreglo de una canilla, del de un deshollinador por destapar una chimenea, etc. Si esto no se paga de buena voluntad, y se avasalla la confianza del trabajador que creyó que percibiría su salario al término del trabajo, no encuentra abogado que acepte encarar el safari judicial que es el proceso para lograr su cobro. Y esto es obvio: no hay relación entre el esfuerzo a realizar y el honorario que puede percibir al final en función del monto reclamado. La tarea del legislador inteligente debe consistir en elegir un adecuado punto de inflexión: cuánto es el monto de una acreencia para que pueda ser considerada *pequeña causa* y se justifique ignorar el derecho de defensa *previo* en homenaje a la celeridad y a la necesidad de la gente humilde.

Claro está, con sensibles diferencias en los respectivos trámites en orden a las distintas situaciones a regular, que habrá que legislar adecuadamente para mantener el régimen constitucional.

LECCIÓN 27

LA IMPUGNACIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. Concepto de impugnación
2. Medios de impugnación
   2.1. Reacertamiento
   2.2. Acción procesal
      2.2.1. Demanda principal
      2.2.2. Demanda incidental
      2.2.3. Excepción
      2.2.4. Recurso
   2.3. Queja
3. Recursos
   3.1. En general
      3.1.1. Conceptos previos
         3.1.1.1. Naturaleza de la pretensión recursiva
         3.1.1.2. Juicios que se emiten acerca de un recurso
         3.1.1.3. Efectos de su concesión
         3.1.1.4. Naturaleza jurídica de una sentencia sujeta a recurso
      3.1.2. Clasificación
         3.1.2.1. "Recursos" que son *reacertamientos*
         3.1.2.2. "Recursos" que son demandas
         3.1.2.3. "Recursos" impropios
         3.1.2.4. Recursos propiamente dichos
      3.1.3. Renunciabilidad
      3.1.4. Inimpugnabilidad e irrecurribilidad
      3.1.5. Política recursiva
         3.1.5.1. Importancia jurídica
         3.1.5.2. Importancia económica
         3.1.5.3. Deducción previa de otros recursos
         3.1.5.4. Pago de gabelas
         3.1.5.5. Inexistencia de competencias superiores
      3.1.6. ¿Constitucionalidad? de la restricción impugnativa
      3.1.7. Presupuestos de toda impugnación
         3.1.7.1. Supuestos precedentes de las impugnaciones en general
         3.1.7.2. Supuestos consecuentes de las impugnaciones en general

3.1.7.3. Requisitos generales para deducir impugnaciones
3.1.7.3.1. Requisitos extrínsecos
3.1.7.3.2. Requisitos intrínsecos
3.1.7.4. Requisitos especiales de algunas impugnaciones
3.2. Los medios de impugnación en particular
3.2.1. Aclaratoria
3.2.1.1. Naturaleza de la aclaratoria
3.2.1.2. Presupuestos de la aclaratoria
3.2.1.3. Trámite de la aclaratoria
3.2.1.4. Impugnaciones que caben contra la resolución que decide la aclaratoria
3.2.2. Revocatoria
3.2.2.1. Naturaleza
3.2.2.2. Presupuestos
3.2.2.3. Juicios acerca de ella
3.2.2.4. Efectos de su interposición
3.2.2.5. Trámite
3.2.2.6. Impugnaciones que caben contra la resolución que la decide
3.2.2.7. La denominada revocatoria *in extremis*
3.2.3. Apelación
3.2.3.1. Naturaleza
3.2.3.2. Presupuestos
3.2.3.3. Juicios acerca de ella
3.2.3.4. Admisión
3.2.3.5. Procedimiento
3.2.3.5.1. Modos de tramitar un recurso
3.2.3.5.2. Trámites de la apelación
3.2.3.5.3. Resolución que decide la apelación y las impugnaciones que proceden contra ella
3.2.4. Nulidad
3.2.4.1. Naturaleza
3.2.4.2. Presupuestos
3.2.4.3. Trámite
3.2.4.4. Resolución que la decide y las impugnaciones que proceden contra ella
3.2.5. Directo
3.2.5.1. Naturaleza
3.2.5.2. Presupuestos
3.2.5.3. Trámite
3.2.5.4. Impugnaciones que caben contra ella
3.2.6. Atentado
3.2.6.1. Naturaleza
3.2.6.2. Presupuestos
3.2.6.3. Trámite
3.2.6.4. Impugnaciones que caben contra ella
3.2.7. Rescisión
3.2.7.1. Naturaleza
3.2.7.2. Presupuestos
3.2.7.3. Trámite
3.2.7.4. Impugnaciones que caben contra ella
3.2.8. Revisión
3.2.8.1. Naturaleza
3.2.8.2. Presupuestos
3.2.8.3. Trámite
3.2.8.4. Impugnaciones que caben contra ella

1. EL CONCEPTO DE IMPUGNACIÓN PROCESAL

Castizamente, la voz *impugnar* significa combatir o solicitar la invalidación de algo, especialmente de una decisión oficial.

En el lenguaje del Derecho –y con especial referencia a un sistema procesal– ese "algo" no se circunscribe sólo a una decisión oficial sino que alcanza a todo acto jurídico que afecta de cualquier modo a una persona y que ésta considera ilegítimo o injusto:

a) *ilegítimo* es lo que no está de acuerdo con la ley –en el más lato sentido posible de ser interpretado el vocablo, comprensivo así de constitución, ley, ordenanza, reglamento, resolución administrativa, sentencia, laudo, contrato, testamento, etc.– y, por tanto, siempre se mide con criterios de *objetividad*: el acto está realizado o no conforme con los requisitos, condiciones, presupuestos, etc., previstos para el caso por el sistema jurídico;

b) *injusto* es lo contrario a cómo deben ser las cosas según la justicia, el derecho o la razón, conforme con el parecer u opinión del afectado por el acto. Por tanto, el vocablo se mide siempre con criterios de pura subjetividad (lo que es justo para uno puede no serlo para otro; lo que fue justo ayer –la esclavitud, por ejemplo– puede no serlo hoy; lo que es justo allá –la pena de muerte, por ejemplo– puede no serlo acá, etc.).

De acuerdo con ello, y sin importar por ahora cuál puede ser la razón de ser de la impugnación –ilegitimidad o injusticia– adelanto desde ya que, en general, son impugnables tanto los actos de los particulares (en su interactuación con otros particulares) como los actos de la autoridad (ya sea constituyente, administrativa –aquí queda comprendida la notarial– legislativa o judicial, y en este orden, tanto nacional como internacionalmente).

Veamos algún ejemplo de cada uno de los casos:

a) *actos de particulares*: pueden ser impugnados tanto sean

a.1) *unilaterales* (revocación de mandato que el mandatario considera injustificada, disposición testamentaria que excede la porción legal disponible y, así, afecta a un heredero forzoso, etc.) como

a.2) *bilaterales* (contrato que se pretende ilegítimo por tener algún vicio de la voluntad o ser simulado o que se afirma es injusto por inequidad);

b) *actos de autoridad*: cabe presentarlos según pertenezcan a la esfera:

b.1) *constituyente*: la norma cúspide de un sistema jurídico puede ser impugnada por contener disposiciones autocontradictorias –incongruentes por

incoherencia– que, así, se tornan inconstitucionales internamente (piénsese en un texto constitucional que declare el derecho a la vida y que, al mismo tiempo, establezca la pena de muerte) pues no es posible aplicar una de ellas sin automático desmedro de la otra. También puede ser impugnada, en país de organización federal, una norma constitucional estadual por repugnar a la norma constitucional nacional, etc.;

b.2) *administrativa*: es impugnable todo decreto, reglamento, resolución, disposición particular, etc., que emita cualquier funcionario en cualquiera de los órdenes de la organización política de un país determinado (nacional, provincial, municipal y comunal). También es impugnable toda escritura pública;

b.3) *legislativa*: son impugnables todas las leyes en sentido material (aquí quedan comprendidos los reglamentos y las ordenanzas) emitidas por entes de cualquiera de los órdenes nacional, provincial, municipal o comunal;

b.4) *judicial:* son impugnables todas las resoluciones dictadas por los jueces, ya sean providencias de trámite, decretos, autos interlocutorios o sentencias.

Por supuesto, tales posibles impugnaciones están sujetas a diferentes requisitos o condiciones de procedencia y de uso, por el impugnante, de un medio impugnativo-procedimental adecuado, cosa que se verá seguidamente.

Para finalizar: insisto reiterativamente en que el objeto de una impugnación cualunque es siempre un *acto*, nunca un *hecho* (aunque tenga trascendencia jurídica) ni una omisión de la autoridad.

En la materia procesal, la voz *impugnación* tiene alcances restrictivos: alcanza sólo a *actos de autoridad*, nunca de *particulares*.

Por mi parte, prefiero exponer el tema desde toda su posible amplitud, pues creo que ello reporta claros beneficios docentes que hacen más sencilla la comprensión del tema por parte del lector.

Con esta aclaración en la mano, veamos ahora cuáles son

2. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN PROCESAL

En el habitual lenguaje utilizado por los códigos y leyes que regulan los procedimientos judiciales y administrativos, se acepta unánimemente mencionar como *recurso* a *todo medio impugnativo*; y, así, se habla de recurso de apelación, de recurso de nulidad, de recurso de revocatoria, de recurso de casación, de recurso de aclaratoria, de recurso jerárquico, etc., etc.

De tal modo, dicha voz se usa indistintamente para cosas diversas, lo que genera enorme confusión entre los juristas, que llaman *recurso* a cosas que no lo son.

Si bien se mira la cuestión –y descarto que el lector coincidirá plenamente conmigo luego de terminar esta Lección– el tema muestra una vez más la falta de rigor científico del lenguaje procesal, ya que si se compara cada uno de los recursos mencionados con todos los demás, se advierte con facilidad que son esencialmente diferentes.

Tanto es así que gran parte de la doctrina procesal denomina desde antaño *remedios* a ciertos medios de impugnación, explicando con detenimiento *que hay algunos remedios que no son propiamente recursos* (cual la aclaratoria, por ejemplo, tema sobre el cual volveré luego). Por cierto, afirmaciones de ese tipo causan perplejidad al intérprete y espanto al estudiante, que no puede comprender –usando un mínimo de lógica– cómo es que hay recursos que son remedios pero que no son recursos...

Tal vez el eje de la confusión pase por la explicación docente que se da de la palabra *recurso:* se trata de *re-cursar*, es decir, *volver a cursar* (transitar por) los pasos del trámite de un proceso.

Y como habitualmente se denomina *proceso* a lo que sin lugar a dudas es sólo un *simple procedimiento* (por ejemplo, proceso administrativo –recordar lo visto en la Lección 2, # 5– o "proceso" de jurisdicción voluntaria –recordar lo explicado en la Lección 6, # 4–) ha parecido razonable a muchos autores simplificar la explicación llamando *recurso* a todo lo que signifique *impugnación*, sin calar adecuadamente en el verdadero significado conceptual de los vocablos usados y obviando los inconvenientes que ello puede generar.

Además, en la doctrina pensante se enseña desde antaño que son cuatro los medios de impugnación que aceptan las leyes para que puedan operar procesalmente:

1) la *acción* (utilizando la palabra en el sentido de demanda principal o introductiva de conocimiento judicial), usada por una parte (actor) ante un juez para atacar a otra parte (demandado o reo); en ambos casos particular o autoridad;

2) la *excepción* (dilatoria o perentoria) usada por el demandado ante el juez que ya conoce en la causa para atacar –o, al menos, para cambiar el tema de la discusión procesal– al actor que inició la acción (otra vez en el sentido de demanda);

3) el *incidente* (o acción o demanda incidental) usado por cualquiera de las partes en litigio ante el juez de la causa para atacar algún acto producido en el proceso por un tercero que no se haya convertido en parte procesal (ver la Lección 19) y, excepcionalmente, contra actos de las propias partes procesales. Nunca procede contra las resoluciones judiciales (ya se verá cómo este elemental principio lógico del proceso es desconocido en innumerables códi-

gos vigentes, lo que sigue provocando la emisión de jurisprudencia incomprensible sistémicamente hablando...);

4) el *recurso*, usado por el afectado por una resolución del juez de la causa para atacarla ante su superior jerárquico (excepcionalmente, ante él mismo).

El tema se complica aún más cuando el propio legislador denomina habitualmente *recurso* a la impugnación que, en sede judicial, se hace de un acto administrativo (por ejemplo, recurso contencioso-administrativo o recurso de apelación ante una Cámara o Tribunal de Apelación contra una decisión de un órgano administrativo estatal o paraestatal).

Por mi parte, creo que todo esto es confuso e insuficiente para enseñar cabal y adecuadamente el tema, de modo que pueda ser comprendido por quien desee estudiarlo con real provecho, máxime cuando la doctrina y la legislación mezclan en esta bolsa recursiva al *recurso de amparo*, al *recurso de hábeas corpus* y al *recurso de hábeas data*, que no son recursos sino verdaderas demandas.

De ahí que prefiera comenzar el tratamiento del tema a partir del concepto de *instancia*: ya expliqué con detenimiento en la Lección 2 que en la interacción –objeto del conocimiento jurídico– que se presenta entre un particular/gobernado con una autoridad/gobernante, aquél puede dirigirse a éste –eso mismo es el instar– por medio de alguna de las cinco instancias concebibles lógicamente en un sistema jurídico: denuncia, petición, reacertamiento, queja y acción procesal.

Se verá ahora que en las figuras del *reacertamiento* y de la *acción procesal* se encuentran –sin importar cómo las llamen las leyes– todos los posibles medios de impugnar todos los posibles actos que he descrito anteriormente.

Y ello porque, repasando el significado de cada una de las posibles instancias (ruego al lector releer ahora mismo el texto del # 4 de la Lección 2), debo descartar liminarmente que:

a) la *petición* pueda ser un medio de impugnación pues, no obstante su obvio contenido pretensional, parece claro que es y debe ser una instancia inicial y no impugnativa (la que supone lógicamente un acto cumplido con antelación a su presentación). Por ende, la petición nada ataca sino que sólo busca lograr la emisión de un acto de autoridad que, éste sí, podrá ser atacado a base de algunos de los criterios vistos precedentemente;

b) la *denuncia* pueda ser otro medio de impugnación, toda vez que al ser una mera participación a la autoridad de un conocimiento, carece de contenido pretensional. En otras palabras: al igual que la petición, nada ataca;

c) la *queja* pueda ser otro medio de impugnación pues –por esencia– supone la inexistencia de un acto. Sin embargo, dada la enorme confusión que existe al respecto, me referiré a ella luego.

De modo que, y conforme a lo recién expresado, de la nómina de posibles instancias quedan como claras vías de impugnación sólo el reacertamiento y la acción procesal. Y entre tales conceptos descubriremos *todos* los medios impugnativos conocidos. Veamos:

2.1. EL REACERTAMIENTO

Recordará el lector que esta instancia tiene por objeto atacar una resolución (siempre se considera que tal palabra es un mandato de autoridad) emitida:

a) espontáneamente (mencionada siempre como dictada *de oficio, ex officio* u *oficiosamente)* por la propia autoridad, o

b) a pedido del mismo sujeto que insta, por no estar conforme –no interesa por ahora si objetiva o subjetivamente– con el resultado (acertamiento) obtenido en la decisión.

Este es el típico medio de impugnación en toda sede administrativa, donde la relación que genera el instar se presenta siempre y exclusivamente entre dos sujetos: el peticionante y la autoridad.

Supone lógicamente:

a) la existencia de una petición inicial –con obvio contenido pretensional– respondida por la autoridad de manera tal que no gusta o no convence al peticionante o

b) una decisión adoptada de oficio. Pero, nótese bien, en ambos supuestos hay una resolución que no conforma al interesado.

Por tal razón, y persistiendo el así afectado (o agraviado) en su voluntad de obtener una resolución favorable (total o parcialmente) a su pretensión hasta ahora rechazada, intenta lograr otra decisión mediante el uso de una instancia impugnativa del resultado obtenido por la anteriormente esgrimida.

Para esto deduce una nueva pretensión –ahora llamada *reacertamiento*– a fin de lograr una resolución favorable a su interés –y que deje sin efecto la decisión atacada– emitida en esta oportunidad por:

a) el superior jerárquico inmediato de la autoridad que decidió el acto (en la leyes procedimentales administrativas esta impugnación de *nivel vertical* se denomina *recurso jerárquico*). Pero también puede ser resuelta por

b) la misma autoridad que intervino hasta ahora (en las leyes procedimentales administrativas esta impugnación de *nivel horizontal* se denomina *recurso de reconsideración*) trata de evitar un desplazamiento burocrático de las actuaciones cumplidas.

Pero esta típica instancia impugnativa se presenta en todo lugar en el cual la autoridad desempeña una función esencialmente administrativa o ejecutiva, no importando al efecto que ello ocurra en alguno de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial (recordar que en la Lección 9 expliqué que todos los Poderes del Estado –salvo el Ejecutivo, que no realiza tarea jurisdiccional– cumplían acabadamente todas las funciones). De ahí que, cuando refiero a que el reacertamiento es la típica instancia que se deduce en sede administrativa, lo hago con el alcance aquí explicado.

Resulta así que, cuando los jueces actúan administrativamente (no jurisdiccionalmente), sus decisiones son impugnables por esta vía que –recuérdese– mantiene la característica de no ser bilateral (cual la acción procesal).

Esto es lo que ocurre en los códigos procesales cuando se otorgan "recursos de revocatoria (ver *infra*) y de apelación" contra decisiones dictadas sin previa sustanciación (por ejemplo, otorgamiento de cautelas, ver la Lección 31).

Ya se entenderá mejor el tema luego de que explique qué es cada uno de estos dos mal llamados recursos.

2.2. LA ACCIÓN PROCESAL

Al explicar la Lección 2 aclaré que esta instancia ostenta dos características que la identifican con la petición: ambas se presentan inicialmente y con claro contenido pretensional. Pero las distinguí adecuadamente al mostrar que la petición –al igual que las otras instancias posibles: el reacertamiento, la queja y la denuncia– es una instancia *unilateral* (se presenta exclusivamente entre dos sujetos: un particular y una autoridad) en tanto que la acción procesal es necesariamente *bilateral* (se presenta exclusivamente entre tres sujetos: dos particulares actuando antagónicamente en situación de paridad igualitaria y una autoridad que es equidistante de ellos).

También distinguí a la acción procesal del resto de las posibles instancias sosteniendo que –por la misma razón recién apuntada– el objeto de éstas es lograr *un procedimiento*, en tanto que el de aquélla es obtener *un proceso*. Y con eso presenté lo que considero que es un concepto elemental e inconfundible por irrepetible en el mundo jurídico.

Finalmente, sostuve que el método empleado para hacer estas tipificaciones mira con exclusividad a la actividad cumplida por los intervinientes en un proceso: juez y partes encontradas que litigan ante él.

De tal modo, si la actividad cumplida es lo que interesa para el caso y en el proceso deben ser bilateralizadas todas las afirmaciones antagónicas de las

partes (consecuencia inevitable de la cláusula constitucional que garantiza la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, lo cual –a su turno– encuentra sustento en el principio de igualdad ante la ley) pude afirmar en la Lección 4 que la naturaleza jurídica de la defensa y, particularmente, de la excepción procesal, es la misma y exacta de la de la acción procesal: *las dos muestran un instar bilateral.*

De ahí que no denominé a la respectiva Lección –como se hace habitualmente– con el nombre de la *defensa del demandado* sino con el de la *reacción del demandado* (ver la Lección 4), dando a entender explícitamente que *acción y reacción* son anverso y reverso de una misma moneda (cuando el demandado reacciona oponiendo excepciones, por ejemplo, es obvio que acciona, en actividad que generará nueva actividad), esencialmente idénticas pero diferentes en cuanto a la oportunidad de su ejercicio: la reacción supone la existencia previa de la acción.

Esta es la razón que explica por qué todo lo que se diga respecto de la acción procesal pueda ser mantenido respecto de la reacción procesal.

Aunque fatigosa para el lector, creo que toda esta recordación no ha sido inútil. Y es que importa ahora –precisamente en el tema relativo a la impugnación procesal– advertir que no siempre que se impugna se actúa bilateralmente (por ejemplo, el recurso de aclaratoria es claramente unilateral ya que no debe recibir sustanciación alguna entre la interposición y la resolución. De ahí se desprende su naturaleza de *reacertamiento*, no de *recurso*).

Con todas estas ideas a la mano, volvamos ahora a comenzar, reiterando conceptos: desde siempre se afirma que los medios conocidos de impugnación procesal son cuatro: *acción, excepción, incidente* y *recurso*.

Si bien se miran tales medios, acción (en el sentido de demanda) y excepción son, esencialmente, siempre lo mismo: *acción procesal*, en tanto todos deben ser bilateralizados. Sólo el incidente y el recurso proceden legalmente a veces como instancia unilateral en tanto que otras como bilateral.

Parece claro, entonces, que –para que no haya confusiones al respecto, y ya que el vocablo *reacertamiento* tiene un preciso significado impugnativo y cubre todos los supuestos posibles de tramitación unilateral– la palabra recurso debe utilizarse exclusivamente en la técnica procesal para mencionar a un medio de impugnación de resoluciones judiciales que requiere imprescindiblemente sustanciación con ambas partes en litigio.

Descarto así que pueda haber recursos en sede administrativa: allí, el impugnante opera exclusivamente con reacertamientos y quejas y, eventualmente, con acción procesal sólo cuando decide judicializar una cuestión administrativa.

Y no es que todo pase por un problema puramente semántico: lo que trato de mostrar es un sistema en el cual ningún engranaje se contraponga con otro, inutilizándolo. De esto se da cuenta todo quien medita mínimamente sobre el asunto: no es en esencia lo mismo un *recurso administrativo* –que tolera una impugnación judicial después de ser resuelto– que un *recurso judicial,* cuya resolución final gana los efectos propios del caso juzgado y no admite impugnación posterior, salvo casos excepcionales que luego mencionaré.

Tampoco son esencialmente iguales entre sí todos los recursos judiciales (a nadie escapan las profundas diferencias que existen entre un recurso de apelación contra una sentencia definitiva y un recurso de apelación contra providencia denegatoria de una cautelar).

Para finalizar: luego de tan extenso exordio, creo que el tipo de instancia denominado *acción procesal* puede ser utilizado mediante las cuatro vías que posibilitan su ejercicio (demanda, excepción, incidente y recurso) como medios de impugnación procesal, en tanto efectuemos adecuada distinción entre ellos y el resto de las instancias posibles de servir a la tarea de impugnar.

Veamos ahora cada medio en particular jugando armónicamente dentro de un sistema.

2.2.1. LA DEMANDA PRINCIPAL

En principio, se puede impugnar por esta vía a todo acto jurídico que no sea una resolución judicial ni una actuación procesal. Se trata, simplemente, de la presentación ante un juez de una demanda iniciadora de un proceso a base de una pretensión *declarativa* (descarto a las constitutivas, las cautelares y las de condena –ver la Lección 5– pues no pueden ser propiamente impugnativas) referida a:

a) *cualquier acto de particular* (contrato, negocio, testamento, etc.) que el demandante afirme ilegítimo;

b) *cualquier acto de autoridad administrativa*, con la condición de que sea una resolución final obtenida después de transitar todas las vías de impugnación propias de la respectiva sede (lo que se denomina en el derecho administrativo *agotamiento de las vías administrativas previas*, obtenido por resolución expresa o por el transcurso del tiempo necesario para que cualquiera impugnación se considere denegada);

c) *cualquier acto legislativo contenido en ley en sentido formal*, con la condición de que el impugnante pretenda su declaración de inconstitucionalidad frente a alguien que intenta o puede intentar beneficiarse con su mandato.

Todo esto se presenta generalmente como pretensiones dirigidas por un actor contra un demandado –con quien se sustanciarán– y que serán resueltas por el juez interviniente al efecto. Ya se comprenderá el porqué de esta obvia afirmación.

2.2.2. LA DEMANDA INCIDENTAL

Se puede impugnar por esta vía a:

a) toda pretensión deducida por una parte contra su contraria dentro de un proceso ya pendiente (incoado mediante una demanda principal) con los alcances que he dado a las cuestiones incidentales en la Lección 21;

b) toda pretensión deducida por una parte contra su contraria dentro de un proceso pendiente con motivo de lo actuado por ella a raíz de un *accidente procesal* (ver la Lección 21);

c) toda pretensión de cualquiera de las partes procesales contra la actuación ilegítima cumplida dentro de un proceso ya pendiente *por un tercero que no ostenta el carácter de parte procesal* (ver la Lección 16). El caso contempla siempre y exclusivamente supuestos de *impugnación objetiva por ilegitimidad* (varios ejemplos: testigo que declaró sin prestar juramento previo de decir verdad o que no dio razón de sus dichos; perito que confeccionó su peritaje sin notificar previamente a las partes acerca de la fecha y del lugar de realización para que pudieran controlar lo actuado por él; notificador que omitió cumplir pasos imprescindibles en la práctica de una notificación; destinatario de un pedido de informes que lo responde acerca de cuestiones que no figuran en sus archivos; etc.).

La pretensión impugnativa debe sustanciarse siempre con la parte a la cual beneficia o beneficiaría la actuación irregular y, nótese bien, jamás con el propio tercero cuya actuación se impugna. Esta afirmación, que resulta obvia y pueril para el iniciado, no es comprendida por algunos jueces, quienes sustancian tales impugnaciones con la participación de los mismos terceros impugnados (¡!) a quienes terminan imponiendo costas, ¡cual si fueran partes procesales!

2.2.3. LA EXCEPCIÓN

Se puede impugnar por esta vía a:

a) la actuación cumplida por una de las partes en el proceso, que produce el efecto inmediato de convalidar una actuación propia anterior e inválida (ver la Lección 11) o que

b) no debía o no podía realizar o

c) una inactividad que, como tal, tiene consecuencias jurídicas disvaliosas para una de las partes procesales.

Muestro ejemplos que ayudarán a comprender el supuesto en trato:

a) una de las partes realiza una actuación procesal inválida, que se apresura a convalidar repitiendo o subsanando –por ejemplo– el mismo acto impugnable que, ahora sí, ha de producir efectos válidos;

b) una de las partes ha resultado triunfante en la resolución de una incidencia que ha impuesto costas a la perdedora. A raíz de ello, en ciertos códigos se permite que el acreedor impida el instar del deudor hasta tanto no pague las costas adeudadas (art. 328). Si no obstante ello el deudor insta sin pagar, ya frente al acto concreto el acreedor debe impugnar lo actuado por la vía de la excepción, a fin de restarle todo efecto procedimental a ello y lograr así la detención del proceso;

c) después de transcurrido con exceso el plazo para que opere la caducidad de la instancia (lo que supone inactividad el juez y de ambos litigantes), una de las partes realiza un acto impulsor del procedimiento que tiene como efecto el purgar la caducidad ya operada.

En los supuestos a) y c), la parte que hubiera podido beneficiarse con la declaración de invalidez del acto o con la de la caducidad de la instancia puede todavía hacerlo si antes de consentir los efectos de los actos convalidatorios deduce contra ellos la respectiva excepción para, acogida ella, poder atacar la actuación inválida o la pura inactividad mediante demanda incidental (art. 233).

En el caso b), se ve con claridad la procedencia de la excepción impugnativa.

En otras palabras: si una parte intenta impugnar un acto inválido o ganar los efectos propios de una inactividad de la contraria que han sido convalidados por la posterior realización de actos válidos, es menester que ataque a éstos por la vía de la excepción para defenderse de ellos y poder impugnar, ahora sí, los anteriores actos inválidos.

2.2.4. EL RECURSO

Se puede impugnar por esta vía a toda resolución judicial, con las salvedades que luego mencionaré.

En esta amplitud recursiva quedan comprendidos los decretos, las providencias (o proveídos) de trámite y las sentencias principales e incidentales (o interlocutorias). No obstante esta afirmación, razones de política recursiva limitan a veces su alcance, como se verá en el # 3.1.5. de esta Lección.

En los anteriores casos referidos a la demanda –tanto principal como incidental– hice hincapié en que la respectiva resolución debía ser dictada por el propio juez de la causa. Hasta aquí, parece una obviedad.

Pero vale la aclaración pues, tratándose de un recurso, desde siempre ha parecido conveniente que la resolución que deba recaer sobre esta instancia la dicte un superior jerárquico del juez que emitió el pronunciamiento impugnado. No obstante, esta antigua regla muestra excepciones, como luego se verá.

Hasta aquí me he referido a los únicos medios de impugnación *propiamente dichos*. Haré ahora una salvedad respecto de

2.3. LA QUEJA

Recordará ahora el lector que esta instancia tiene por objeto lograr la efectiva emisión de una resolución por parte de la autoridad que no respondió tempestivamente a una petición (eventualmente, cuando el orden jerárquico lo permite, también procede si no se responde a una instancia de reacertamiento). Si bien se mira, al igual que el reacertamiento, la queja ostenta también claro contenido pretensional y supone la preexistencia de una instancia anterior (petición). Pero no ataca propiamente una resolución –pues no la hay– sino al silencio u omisión de quien es responsable de dictarla. Por eso es que no puede ser considerada como un medio de impugnación. Pero como todos los códigos le dan ese carácter, es que la trato en este acápite luego de salvar lo que opino al respecto.

De ahí que sea menester ahora recalcar que, a diferencia de lo que ocurre en el reacertamiento, procede siempre ante un superior jerárquico de la autoridad silente, ya que sería ocioso hacer la queja ante el propio funcionario que no respeta el cumplimiento de su deber de responder.

Esta instancia funciona en sedes:

a) *administrativa,* cuando las leyes de procedimiento respectivas establecen los "recursos" de "queja" o con alguna otra denominación que las leyes pueden dar caprichosamente a las hipótesis de procedencia. Lo propio ocurre en el caso del amparo judicial por mora de la administración. Y

b) *judicial*, cuando los códigos regulan la llamada *queja por retardo de justicia* (arts. 109 a 123). Cuando refieren a la denominada queja –o, peor aún, *recurso de queja*– por apelación denegada (art. 356), lo hacen impropiamente pues, conforme con los términos que se utilizan en esta obra, no puede haber

queja (pues no hay silencio de la autoridad) sino reacertamiento (pues hay decisión denegatoria de un recurso que se ataca afirmando que es errónea). Se comprenderán luego las implicaciones propias de esta tipificación.

Reitero: se desprende de lo expuesto que la queja no es ni puede ser un medio de impugnación procesal respecto de acto jurídico alguno.

3. LOS RECURSOS

Luego de haber explicado cómo funciona –en rigor, cómo debe funcionar– el sistema de impugnación, trataré ahora el tema desde la óptica tradicional, con la esperanza de que el lector no se confunda al intentar reconocer la verdadera naturaleza de cada uno de los medios recursivos en particular.

3.1. LOS RECURSOS EN GENERAL

Ya expliqué antes que el acto jurídico impugnado mediante la vía del *recurso* debe ser siempre una resolución judicial y no otro acto (administrativo, legislativo o de particulares).

Sin embargo, como se verá luego, casi todos los códigos de procedimientos que tienen su origen en las antiguas leyes hispánicas, norman acerca de *recursos contra actos de la administración* (en rigor, verdaderas *demandas*) y de *recursos contra actos administrativos dispuestos por los jueces* (no jurisdiccionales o de *jurisdicción voluntaria* y, en rigor, verdaderos *reacertamientos*).

Esta idea será reiterada en el siguiente # 3.1.2.

Antes de continuar con la explicación, es necesario advertir al lector sobre lo que sigue a continuación.

3.1.1. LOS CONCEPTOS PREVIOS NECESARIOS PARA COMPRENDER EL TEMA

Para lograr una adecuada comprensión del tema *recursos en general* es menester detenerse previamente en el tratamiento y comprensión de:

a) la *naturaleza* de la pretensión deducida en cada uno de los medios impugnativos en particular establecidos en las leyes;

b) los diversos *tipos de juzgamientos* que deben emitir los jueces acerca de cada recurso que son de su competencia funcional;

c) los *efectos* que produce la admisión o concesión de un recurso y

d) la *naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso*.

Veamos cada uno de ellos.

3.1.1.1. LA NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN RECURSIVA

Surge ya de todo lo expuesto que el concepto de *recurso* envuelve la idea de un *control* que efectúa el superior jerárquico del juez (y, excepcionalmente, él mismo) que emite una resolución cuyo contenido afecta, por lo menos, a una de las partes procesales.

Sistémicamente, ese control debe ser solicitado sólo por el propio interesado que se dice afectado, quien deducirá el recurso idóneo al efecto –y no otro– y lo fundamentará sosteniendo las razones por las cuales provoca tal control y dirá en qué consiste el objeto de su pretensión.

Esto tiene gran importancia a la hora de la cabal comprensión del tema, toda vez que el legislador ha previsto diversos medios recursivos para los disímiles posibles casos de imaginar respecto de actos producidos por el juez de grado. Y, así, posibilita la existencia de un *control* acerca de:

a) la regularidad del procedimiento llevado previamente a la emisión de la sentencia,

b) la motivación del juzgamiento acerca de los hechos controvertidos,

c) la apreciación de los medios de confirmación producidos sobre tales hechos,

d) la norma aplicada para resolver el caso,

e) la constitucionalidad de dicha norma,

f) la congruencia entre lo pretendido, confirmado y otorgado en la sentencia, etc.

Sistematizando adecuadamente estas ideas, ya puede decirse que el *objeto del control* refiere al tipo de conducta que el impugnante persigue obtener de la autoridad que lo efectuará y que puede ser de anulación y de crítica.

a) La *anulación* procura la supresión, no la modificación, cual ocurre en el supuesto siguiente. De tal forma, el impugnante no se limita a tratar de detener los efectos de una sentencia, por ejemplo, sino que busca quitarle todo efecto legal, la desaparición de la conducta autoritaria impugnada.

Este tipo de objeto se halla en todos los *recursos de ilegitimidad*, en los cuales el impugnante sostiene que el procedimiento previo a la sentencia o la sentencia misma no se adecuan con las exactas previsiones de la ley y, particularmente, con el derecho constitucional a que se respete irrestrictamente la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.

b) La *crítica* pretende la modificación (o su contrario: el mantenimiento, para el impugnado) de lo ordenado por la autoridad en su sentencia, hace una valoración de la motivación de lo resuelto y, poniéndose en el lugar del juez, intenta reproducir su actividad siguiendo el *iter* de su pensamiento, pero desde otro punto de vista: el propio. Por eso es que quien critica puede llegar a resultado diverso al del contenido de la sentencia (la revoca, total o parcialmente) o al mismo que obtuvo la autoridad que emitió la decisión impugnada (la confirma).

Este tipo de objeto se halla en los *recursos de injusticia* que, con la denominación que le otorgue cada legislación, son los que se conocen como *apelación* en toda América.

Ya volveré sobre el tema al especificar en cada caso concreto cuál es que le corresponde a un determinado recurso.

3.1.1.2. LOS JUICIOS QUE SE EMITEN ACERCA DE UN RECURSO

Ante la interposición de uno cualquiera de todos los recursos legislados en las diversas leyes locales, corresponde que se emitan dos juicios sucesivos (a veces ocurre sin solución de continuidad) con contenido claramente diferente:

a) el primero de ellos, denominado *juicio de admisibilidad*, tiene por objeto analizar y decidir liminarmente acerca de los requisitos puramente formales de la impugnación, es decir:

a.1) si la resolución impugnada puede o no ser objeto del recurso en particular que se ha deducido contra ella (de aquí en más me referiré al tema con la denominación *procedencia*);

a.2) si quien recurre tiene legitimación sustancial y legitimación procesal y, en su caso, si tiene interés para hacerlo (en adelante, *legitimación*);

a.3) si el recurso se interpone dentro del exacto plazo concedido al efecto por la ley (en adelante, *plazo*);

a.4) y con las formalidades exigidas para cada recurso (en adelante, *formas*): es decir, si debe o no ser fundado en el acto de la presentación, si debe constar por escrito o en simple diligencia verbal, si debe o no tener copia de la actuación, si debe contar o no con firma de letrado, etc.

Cuando el juez juzga que se han cumplido *todos* los requisitos de admisibilidad, debe ordenar su *admisión* (o concesión). En caso contrario, el juez debe *denegarlo*.

b) El segundo de los juicios a emitir, denominado de *fundabilidad*, tiene por objeto analizar y decidir acerca de las razones o argumentos sustanciales o de fondo dados por el impugnante para sostener su pretensión recursiva.

Cuando el juez resuelve favorablemente acerca de dicha pretensión, *acoge, estima* o *hace lugar al recurso* (nunca *admite*). Cuando decide en forma contraria a tal pretensión, *rechaza, desestima* o *no hace lugar al recurso* (nunca *deniega*) (en ambos casos, considerando las razones esgrimidas en cuanto al fondo del asunto).

En los recursos que deben ser analizados en un doble grado de conocimiento (en general todos, menos los casos de excepción que inmediatamente mencionaré) *ambos juicios deben ser dados por dos jueces diferentes*:

a) el de admisibilidad, por el mismo juez de grado ante quien se presentó la impugnación;

b) el de fundabilidad, por su superior jerárquico en el respectivo grado, dentro de la escala de la organización tribunalicia.

En algunos "recursos" puntuales, y por las razones que explicaré más adelante, ambos juicios son emitidos por el propio juez que dictó la resolución impugnada.

3.1.1.3. LOS EFECTOS QUE GENERA LA CONCESIÓN DE UN RECURSO

En este punto se estudia el tema relativo a si la sentencia que contiene un mandato judicial debe o no cumplirse de inmediato cuando ha sido recurrida por lo menos por una de las partes en litigio.

Y –más allá de todo lo que pueda dilatar un trámite recursivo el inmediato y justo cumplimiento de la orden judicial– desde siempre ha parecido claro que una sentencia impugnada debe esperar su confirmación para poder ser ejecutada, habida cuenta de que la posibilidad de error en el juzgador hace a su propia condición humana.

De tal modo, cuando se recurre una sentencia –por la vía de cualquier recurso– la admisión (concesión) del medio impugnativo de que se trate sujeta a tal sentencia a una clara *condición*: se suspende su ejecución hasta tanto sea confirmada por quien debe emitir el juicio de fundabilidad. Recién a partir de la emisión de ésta es que puede ser ejecutada.

A esta clara *condición suspensiva* se le otorga procesalmente la denominación de *efecto suspensivo* de la concesión de cualquier recurso.

Sin embargo, hay ocasiones en las que el legislador contempla la necesidad de que la sentencia se cumpla excepcionalmente –sí o sí– de inmediato. Diversas razones abonan tal criterio (piense el lector, por ejemplo, en la urgencia de reponer una servidumbre de paso o de proveer de alimentos a una persona: parece prudente sostener que tales situaciones no pueden esperar el tiempo

habitualmente prolongado que el trámite recursivo requiere para que la respectiva sentencia sea confirmada).

En estos casos, la ley establece que la concesión del recurso debe hacerse con *efecto no suspensivo*: la sentencia se ejecuta *ad referéndum* de lo que resuelva en definitiva quien debe emitir el juicio de fundabilidad (art. 351).

A igual resultado se puede llegar cuando la ley otorga a una sentencia un plus de certeza: por ejemplo, dictada con causa en un título ejecutivo, y el acreedor otorga fianza suficiente para lograr su inmediata ejecución.

De la misma manera en materia de recursos extraordinarios: se admite la ejecución inmediata de la sentencia impugnada, maguer estar aún sujeta a control de constitucionalidad, por ejemplo, cuando el pronunciamiento del segundo grado ha sido confirmatorio del de primero.

Hasta aquí la cuestión parece ser sencilla, pero no lo es. Sucede que en las leyes procedimentales, el *efecto no suspensivo* (palabras que suenan tan claras para explicar el problema) no es denominado así sino *efecto devolutivo* o *simplemente devolutivo* (art. 351 y arts. 22, 205, 264, 267, 284, 296, 331, 333, 394, 484, 523, 531, 541 y 696, 536, 594, 618, 625, 668, 686 y 354; LOPJ, 226).

Para comprender el tema es imprescindible referir a la antigua legislación hispánica. Cuando un juez actuaba lo hacía por delegación del Rey, ejerciendo la potestad jurisdiccional delegada explícita o implícitamente por él en cada caso litigioso (ya se ha visto en la Lección 6 que la jurisdicción es algo que se hace, no cosa que se tiene. Parece claro que esta moderna afirmación doctrinal era desconocida en el pasado, lo que explica el error lógico y semántico que he señalado).

De tal modo, al conceder un recurso de alzada presentado para ser resuelto por otro delegado jurisdiccional de mayor jerarquía funcional o por el propio Rey, el juez impugnado –en el acto mismo de la concesión– *devolvía la jurisdicción delegada al efecto*.

Las ideas son reiterativas en un sinnúmero de códigos procesales (se dice absurdamente, por ejemplo, que después de haber concedido un recurso, el juez *perdió jurisdicción* y, por ende, debe abstenerse de intervenir en la respectiva causa).

De ahí lo del *efecto simplemente devolutivo* que, al no estar acompañado de una decisión expresa acerca de que la concesión tenía efecto suspensivo, pasó a ser considerado jurisprudencialmente con el significado de *efecto no suspensivo*.

En la habitual jerga utilizada por los códigos modernos –copia de los inexcusables errores del pasado– el problema se complica aún más: cuando refieren a que corresponde conceder un recurso con efecto suspensivo, legislan que debe ser concedido *en ambos efectos* (lo que en buen romance viene a significar que se devuelve la jurisdicción y que se ordena la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada). De donde resulta que conceder con *ambos efectos* es sinónimo de concesión *con efecto suspensivo*.

Para finalizar: algunos códigos previsores de un posible olvido del juez acerca del efecto con el cual debe conceder un recurso, establecen que si nada se dice sobre el tema es que la concesión se ha otorgado con efecto suspensivo.

Rozando la cuestión recién expuesta, debo referir ahora a lo que se conoce como *efecto diferido* (CPCN, 247. Ejemplos pueden ser vistos en el mismo CPCN, 69,4°, 366, 509 y 557), mediante el cual se *difiere* el tratamiento de numerosas apelaciones que versan sobre aspectos incidentales o puramente procedimentales hasta el momento final de la causa, en el cual el expediente sube a la alzada por recurso concedido contra la sentencia que pone término al litigio.

Como se ve, no es un efecto propio de la concesión ni que interese a la ejecución o no de lo resuelto, sino sólo el traslado hacia el futuro del tratamiento de los agravios del caso. Y mientras tanto, el curso procedimental continúa como si nada hubiera pasado. De donde resulta que, a los fines aquí estudiados, el efecto *diferido* viene a ser una suerte de efecto *no suspensivo*.

3.1.1.4. NATURALEZA JURÍDICA DE UNA SENTENCIA SUJETA A LA INTERPOSICIÓN Y A LA RESOLUCIÓN DE UN RECURSO

De cualquier forma que se la mire, toda sentencia admite *siempre* un recurso o una instancia de reacertamiento (aclaratoria, por ejemplo). Por ello, a menos que la ley establezca expresamente que los eventuales recursos deberán ser concedidos con efecto no suspensivo –en cuyo excepcional caso podrá ser ejecutada de inmediato y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva sobre el tema (ya se verá cómo se reponen las cosas a su estado anterior)– *una sentencia recién dictada es un acto jurídico incompleto* que requiere:

a) ser notificada a las partes interesadas en su contenido y

b) esperar luego a que precluya el plazo acordado para interponer contra ella el recurso que exija el término más prolongado, si proceden más de uno.

Por eso, hasta tanto venza el respectivo plazo recursivo, la sentencia es un acto jurídico sujeto a la interposición de recurso.

Si el recurso del caso no se interpone, la sentencia adquiere *efecto ejecutorio* y ya puede ser ejecutada (art. 108).

Si el recurso del caso se interpone y es concedido, ya no se trata de sentencia sujeta a la interposición de un recurso sino de sentencia con recurso admi-

tido que se halla a la espera de su eventual confirmación, revocación o anulación por el órgano de control. De ahí que haya que distinguir entre dos casos en orden a cómo fue concedido el recurso: si con

a) efecto suspensivo, la sentencia es ahora un *acto jurídico sujeto a condición suspensiva*;

b) efecto no suspensivo (devolutivo), es un *acto jurídico sujeto a condición resolutoria*.

De ahora en más se pueden saber las implicaciones propias de cada uno de ellos con sólo leer CC, 527, 528.

Finalmente: la sentencia de segundo grado de conocimiento que confirma la de primero, le otorga a ésta el efecto de *título ejecutorio* al convertir en *ejecutoriada* la sentencia inferior impugnada.

3.1.2. LA CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

A simples efectos docentes, la doctrina acostumbra a clasificar a los recursos teniendo en cuenta diversas circunstancias de acuerdo con:

a) el *número de grados de conocimiento*, en recursos de simple (por ejemplo, revocatoria) o de doble instancia (por ejemplo, apelación);

b) el *objeto de la pretensión impugnativa* deducida, en recursos de ilegitimidad (nulidad) o de injusticia (apelación);

c) la *extensión del contenido de la pretensión impugnativa*, en recursos ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación);

d) el *número de jueces* que intervienen en su conocimiento, recursos horizontales y verticales;

e) para algunos autores, recursos principales y subsidiarios o auxiliares, etc.

Por supuesto, el tema se relaciona siempre con una legislación determinada, por lo que será allí donde deba ocurrir el lector para conocerlo adecuadamente.

Como se verá luego al explicar cada recurso en particular, todo esto no sirve –definitivamente– y bien se haría eliminando el tema de los planes de estudio de la asignatura.

Veamos ahora el régimen recursivo según la denominación que le dan las leyes de procedimiento.

3.1.2.1. LOS "RECURSOS" QUE SON VERDADEROS *REACERTAMIENTOS*

A pesar de la designación de *recursos* que le dan las distintas leyes procedimentales, son verdaderos *reacertamientos* y operan como tales (es decir, no

son sustanciables con audiencia de ambas partes): a) la aclaratoria; b) la reposición o reconsideración o revocatoria, exclusivamente cuando procede contra providencia dictada de oficio o a pedido de la misma parte que recurre; c) la apelación, cuando procede contra providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que apela. En ellas quedan comprendidas, obviamente, todas las decisiones de contenido puramente procedimental y las que versan sobre peticiones de otorgamiento de cautelas procesales (que no exigen previa sustanciación); d) el "recurso de hecho" o "recurso de queja por apelación denegada" o "recurso de hecho";

Volveré sobre el tema al tratar en particular los que serán explicados en esta obra.

3.1.2.2. LOS "RECURSOS" QUE SON VERDADERAS *DEMANDAS PRINCIPALES O INCIDENTALES*

A pesar de la denominación de *recursos* que le dan las distintas leyes procedimentales, son verdaderas demandas principales y, por consiguiente, deben ser sustanciados con plena audiencia de la parte contraria: a) el "recurso de amparo"; b) el "recurso de habeas corpus"; c) el "recurso de habeas data"; d) el "recurso contenciosoadministrativo" (en cualquiera de sus versiones); e) el "recurso de atentado"; f) el "recurso de rescisión"; g) el "recurso de revisión".

Volveré sobre el tema al tratar en particular los que serán explicados en esta obra.

3.1.2.3. LOS "RECURSOS" *IMPROPIOS (O RECURSOS QUE NO SON RECURSOS)*

A pesar de la denominación de *recursos* que le dan las distintas leyes procesales y sustanciales que los regulan, no son recursos todos aquellos que se otorgan como tales ante el Poder Judicial para hacer allí *un control de legalidad mínimo* –y obviar así todo lo contenciosoadministrativo– respecto de ciertos actos definitivos de órganos administrativos estatales o paraestatales.

A título simplemente enunciativo veamos algunos ejemplos tomados de la legislación vigente en la Argentina:

a) "recurso de recalificación" contra decisiones del Registro de la Propiedad Inmobiliaria; b) "recurso de apelación extraordinaria" ante la Suprema Corte de Justicia contra decisiones del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas; c) "recursos de apelación" contra decisiones de los más disímiles organismos: Consejo Superior del Notariado, Colegio de Abogados, Colegio de Procuradores, Colegio de Médicos, Colegio de Ingenieros, Superintendencia de Seguros de la Nación, Banco Central de la República, Aduana, AFIP, etc., etc.

Todos estos "recursos" no son tales pues no impugnan decisiones judiciales. Tampoco son demandas, pues ninguno de ellos tramita ante un juez de primer grado de conocimiento sino, antes bien, ante Tribunales superiores de la organización judicial, con la consiguiente pretermisión de instancia que torna ilegítimo el procedimiento por violación del derecho de defensa en juicio. Aunque algunos operan como simples reacertamientos, no todos lo son, pues en ciertos casos hay bilateralidad del instar. Parecería más bien que en este caso funcionan como verdaderas demandas incidentales que, como tales, no son suficientes para garantizar el derecho al debido proceso.

Pocos son quienes han advertido la magnitud y la extrema gravedad del problema que señalo. Sin embargo, ambas advertencias surgen obvias y hacen ver que no se está cumpliendo con el mandato constitucional que asegura la inviolabilidad del derecho de defensa si, so pretexto de ahorrar trámite y tiempo de litigio, se elimina la demanda contencioso-administrativa y se la suple con un simple reacertamiento sin adecuada bilateralidad del instar.

En rigor de verdad, todo esto no merece una simple revisión sino una verdadera discusión. Por eso es que, si se elimina precisamente todo el primer grado de conocimiento judicial, se evita el debate igualitario y, con ello, se vulnera la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Lo mismo cabe decir si se acepta la naturaleza de demanda incidental de la impugnación a la que vengo aludiendo: tampoco hay suficiente garantía de bilateralidad y, por ende, de igualdad procesal entre el impugnante y la autoridad.

Por cierto, todos estos casos son resabios autoritarios del corporativismo gubernamental que tanto tiempo se enseñoreó en los países de la región. Bien haríamos en intentar desmantelar toda esta red de seudo procesos y retornar al auténtico orden constitucional que establece –lo reitero– la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La explicación puntual de todos estos seudos recursos excede el esquema de esta obra, por cuya razón me limito a enunciarlos a modo ejemplificativo.

3.1.2.4. LOS RECURSOS PROPIAMENTE DICHOS

Descartados todos los recursos que no lo son, cuadra ahora decir que me ocuparé en esta obra de los medios impugnativos legislados en CPC SFE, sin importar si son verdaderos recursos o reacertamientos o demandas. En esta tónica explicaré las impugnaciones conocidas como: a) aclaratoria (siempre es reacertamiento); b) revocatoria (puede ser reacertamiento o recurso); c) apelación (puede ser reacertamiento o recurso); d) nulidad (ídem); e) directo (siempre es reacertamiento); f) rescisión (siempre es demanda) y g) apelación extraordinaria (siempre es recurso).

3.1.3. LA RENUNCIABILIDAD DE LOS RECURSOS

Se ha planteado recurrentemente en los estudios doctrinarios el tema relativo a si es posible renunciar al régimen de impugnación impuesto en general por la ley.

Por supuesto, no se trata de que quien ya se siente agraviado por una decisión en concreto se abstenga de deducir contra ella los medios recursivos adecuados al caso. Parece claro que si una sentencia judicial causa gravamen al perdedor en el resultado final del litigio, éste puede tener la alternativa válida de conformarse con su suerte –consintiendo tal sentencia– o de recurrir contra ella.

El problema que se plantea en este tema es otro: se trata de saber si un medio de impugnación puede o no ser *renunciado por anticipado*. En otras palabras: si alguien puede renunciar, por ejemplo, a deducir un recurso de apelación contra una sentencia que aún no se ha dictado.

El tema está bien resuelto en el art. 29. Y, así, se permite la renuncia anticipada de los recursos de naturaleza *subjetiva* (revocatoria y apelación) en tanto que se prohibe terminantemente la renuncia de todo recurso de naturaleza *objetiva* (nulidad y todo tipo de casación, incluida la constitucional).

3.1.4. LA INIMPUGNABILIDAD Y LA IRRECURRIBILIDAD

Desde antaño se sostiene que hay actos jurídicos que son *inimpugnables* (es decir, no procede impugnación alguna contra ellos). A guisa de ejemplo, menciono:

a) los actos políticos no justiciables que he señalado en la Lección 4, con las salvedades que allí he dejado expuestas;

b) los actos respecto de los cuales la ley no confiere acción procesal (casos de falta de acción y de caducidad de acción ya expuestos en la Lección 4);

c) las sentencias judiciales que han adquirido los efectos propios del caso juzgado, con las excepciones que he mencionado supra, en esta misma Lección.

Sin perjuicio de ello, muchos códigos procesales establecen categóricamente que hay pronunciamientos que son *irrecurribles* (es decir, no procede recurso alguno) (p. ej.: arts. 474 y 509).

Creo que esto último es una exageración legal que no se condice con la realidad. Y es que toda decisión judicial es *siempre impugnable* –al menos– por la vía de la aclaratoria (recordar que para los códigos en general es un recurso, no un reacertamiento). De donde deviene inexplicable esta restricción impugnativa.

Finalmente, lo que sí pueden establecer los códigos –¡y vaya si lo hacen!– es la inapelabilidad de ciertas resoluciones judiciales (ellas son recurribles, pero por vía distinta de la del recurso de apelación).

Con lo cual el lector habrá de diferenciar adecuadamente el contenido de las voces *inimpugnable*, *irrecurrible* e *inapelable*, pues todas tienen significados diferentes.

En la tónica legal de establecer gran número de inapelabilidades –por cierto que de gran actualidad– se hace menester recordar acá la explicación dada *supra*.

3.1.5. LA POLÍTICA RECURSIVA

Desde siempre se ha sostenido que la falibilidad humana –generadora de los más variados errores– impide que la posibilidad de juzgamiento de un litigio se agote con la sentencia unipersonal del primer grado de conocimiento.

Y por esto se acepta desde siempre la existencia de, por lo menos, un mínimo control de ella por parte de un superior jerárquico (desde siempre, pluripersonal), pues eso asegura no sólo la posibilidad de obtener una mejor justicia final sino también el logro de un mayor esfuerzo del propio juzgador inferior que, por saber que lo controlarán, es de imaginar que tratará de hacer las cosas lo mejor posible.

De ahí que todas las leyes procesales consagren desde siempre un sistema de *doble instancia* en materia recursiva, con tratamiento en ambas de los hechos y del derecho que se encuentran en discusión.

Pero el control recursivo –y, principalmente el de la apelación, que es el recurso por excelencia– importa necesaria dilación en el trámite del litigio y, con ello, un inevitable uso –no quiero decir pérdida, porque no lo es– de tiempo.

Tan simple circunstancia, sumada a la secular ineficiencia de los operadores del sistema para dar pronta y cumplida respuesta a todos los problemas que se les presentan a diario, ha hecho entrar al valor *seguridad* en clara tensión con el valor *celeridad*.

Y, buscando el legislador la construcción de una suerte de armoniosa convivencia entre ambos, ha aceptado normar la posibilidad de tal control de doble grado de conocimiento pero restringiéndolo con mayor o menor severidad en muchas oportunidades a base de aplicarle a muchos casos claras hipótesis de inadmisibilidad que ha imaginado andando los años y que, por cierto, vedan el acceso al control recursivo. Con lo cual, como es obvio, ha desaparecido de hecho la actividad controladora en importantísimo número de asuntos justiciables

(en rigor, los más) con notable demérito de la justa solución de los litigios y de la eficacia del proceso como medio por excelencia para mantener la paz social.

Para esto, se ha subordinado la admisibilidad de todo recurso de alzada a la: 1) importancia jurídica del tema; 2) importancia económica del agravio; 3) deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede llegar a evitar la alzada; y 4) inexistencia de competencia funcional superior para el caso, por renuncia de los interesados.

Todo ello será explicado luego.

Sin perjuicio de lo expuesto y como forma de conciliar los valores *seguridad* y *celeridad*, en la pasada década del '50 y so pretexto de ganar el tiempo que requiere la tramitación de cualquier recurso de alzada, se sostuvo mayoritariamente la necesidad de instalar desde la ley un sistema de *instancia colegiada única* (art. 542 y LOPJ, 60 y ss.) en cuanto a los aspectos fácticos de importante cantidad de litigios (art. 541) y con un recurso extraordinario posterior, de tipo casatorio, para cuidar los aspectos puramente jurídicos de la sentencia impugnada (LOPJ, 42, que derogó el art. 564). Por cierto, el remedio fue peor que la enfermedad y generó, al menos en la Argentina, una fenomenal mora imposible de soportar.

Y todo lo que aquí he expuesto se hizo realidad en un sinnúmero de códigos que deben hoy adecuarse a la amplitud recursiva que consagran los pactos internacionales.

Corresponde explicar ahora los supuestos de restricción recursiva.

3.1.5.1. LA IMPORTANCIA JURÍDICA DEL TEMA COMO CAUSAL DE RESTRICCIÓN RECURSIVA

Muchas veces, y tratando de privilegiar el valor *celeridad* por sobre el de la *seguridad*, el legislador declara que ciertas resoluciones judiciales son *irrecurribles* o *inapelables*, generalmente con referencia expresa o implícita al recurso de apelación y a todos los recursos extraordinarios. Cuando esto hace es porque privilegia alguna situación distinta a la de la inviolabilidad de la defensa en juicio (por ej.:, arts. 42, 156, 326, 355, 388, 394, 414, 440, 474, 498, 509, 514, 574, 622).

Es cierto que la esencia combativa del litigio –de todo litigio– y los ánimos siempre enconados de las partes antagónicas generan en muchísimos casos un claro abuso apelatorio que se conoce y comprueba desde antaño y que todas las leyes procedimentales han tratado de evitar con dispar suerte y con diferentes medios. La constante que se advierte cuando se los estudia comparativa-

mente es que todos responden a una clara política restrictiva en materia de apelación.

Por ahora acordemos que esta política puede ser razonablemente buena, pues con ella se logra una mayor celeridad en gran cantidad de causas judiciales y, por ende, más economía procesal. Y cuando se admite que el tiempo es oro pero también justicia, los argumentos que justifican la restricción impugnativa se comparten con facilidad.

Pero –extraña paradoja al fin– dicha política también es mala, pues so pretexto de ganar tiempo se pierde –y más– en seguridad jurídica y, por lo tanto, en justicia final.

Se sabe desde antaño que la celeridad y la seguridad son valores que no van ni pueden ir de la mano: resulta obvio que todo trámite rápido no es seguro y que todo trámite que otorgue seguridad no puede ser rápido.

El problema del legislador, entonces, radica en tratar de buscar un punto de equilibrio intermedio que permita lograr celeridad y justicia final de la mejor forma posible. Ya se verá cómo se ha intentado lograr ello en algunos pocos sistemas procedimentales y se advertirá también cómo se ha puesto en riesgo el normal ejercicio el derecho de defensa.

Referiré ahora la manera con la cual se ha restringido grandemente el campo recursivo en el recurso de apelación y en todos los extraordinarios.

1) *La apelación*

Para la completa comprensión del tema es necesario decir liminarmente que en la legislación comparada se presentan dos sistemas primarios para normar la procedencia apelatoria:

1.a) la que la restringe a ciertos y determinados casos expresa y limitativamente expuestos en la ley (por ejemplo, CPC Colombia, art. 351)[1] (y fuera de ellos

1 CPC Colombia, art. 351: "*Procedencia.* Son apelables las sentencias de primera instancia, excepto las que se dicten en equidad de acuerdo con el artículo 38 y las que las partes convengan en recurrir en casación *per saltum*, si fuere procedente este recurso. También son apelables los siguientes autos proferidos en la primera instancia: 1) el que rechace la demanda, su reforma o adición, salvo disposición en contrario; 2) el que resuelva sobre la citación o la intervención de sucesores procesales o de terceros, o rechace la representación de alguna de las partes; 3) el que deniegue la apertura a prueba, o el señalamiento del término para practicar pruebas, o el decreto de alguna pedida oportunamente o su práctica; 4) el que deniegue el trámite de incidente, alguno de los trámites especiales que lo sustituye contemplados en los artículos 99, 142, 152, 155, 158, 159, 162, 167, 338 parágrafo 3, 340 inciso final y 388, el que los decida y el que rechace de plano las excepciones en proceso ejecutivo; 5) el que resuelva sobre la liquidación del crédito en procesos ejecutivos; 6) el que decida sobre suspensión del proceso; 7) el que decida sobre un desistimiento, una transacción, la perención, decrete o levante medidas cautelares, o por cualquier otra causa ponga fin al proceso; 8) el que decida sobre nulidades procesales; 9) el que decida sobre excepciones previas, salvo norma en contrario; 10) los demás expresamente señalados en este Código".

no existe posibilidad recursiva alguna) y 1.b) la que establece su procedencia con mayor o menor amplitud genérica, sin mencionar limitativamente los posibles supuestos, derivando con ello a la interpretación judicial la admisión impugnativa en cada caso concreto (art. 346).

Si se comparan entre sí los textos recién mencionados se comprobará que son disímiles aunque a primera vista se presenten como parecidos: y es que tienen diferente amplitud en la posibilidad apelatoria. De donde resulta que, cuanto más grande sea tal posibilidad (en los ejemplos recién citados, el más amplio es el CPC SFE), mayor será luego el esfuerzo imaginativo del legislador para inventar supuestos de restricción.

De ahí que en tal código, por ejemplo, ello ha ocurrido respecto de *cuestiones puramente procedimentales* (art. 326) y de *la mayoría de las relativas a la producción de los medios de confirmación procesal* (art. 156). Y hago esta referencia específica pues toda explicación del tema debe partir necesariamente de una normativa concreta, ya que no son iguales las pautas políticas locales en materia recursiva.

Por eso es que, tratando acá de hacer un sistema de todo ello, tomaré un modelo patrón respecto de cada medio impugnativo que aquí trato, aclarando en cada caso cuál es la legislación de origen.

Refiero seguidamente a los dos supuestos restrictivos recién señalados.

1.b.1) *Las cuestiones puramente procedimentales*

Durante el curso de todo proceso existe un cúmulo de resoluciones judiciales que sólo tienen un estricto contenido procedimental (establecimiento del tipo de trámite que corresponde dar al proceso, fijación de fechas de audiencia, habilitación de días y horas, préstamos de expedientes, etc., etc.).

Si todo ello fuere apelable por el simple pedido de quien se dice afectado en el momento mismo de ocurrir el caso, los pleitos serían realmente interminables. Por eso es que gran número de leyes procesales establecen expresamente que las cuestiones puramente procedimentales *no son apelables*, en for-

ma genérica (art. 326) o específicamente en un cúmulo de casos (por ejemplo, CPCN establece la *irrecurribilidad* de las decisiones que se dictan con motivo de las situaciones legisladas en los arts. 57, 176, 191,194, 208, 319, 353, 385, 411, 414, 467, 499, 507, 508, 513, 515, 541, 678, 725, 747, 751, 771; además, establece la *inapelabilidad* de las decisiones que se dictan con motivo de las situaciones legisladas en los arts. 38, 39, 96, 191, 366, 379, 560, 623 bis y 623 ter).

La simple lectura de los casos genéricos y específicos previstos en las leyes como *irrecurribles* y como *inapelables* muestra la importancia del tema y la exactitud de la advertencia hecha *supra*.

De cualquier forma que fuere, siempre admiten revocatoria para que el mismo juez que dictó la resolución impugnada tenga la posibilidad de corregir el error que, se dice, ocasiona el agravio.

Sin perjuicio de ello, hay que buscar –otra vez imaginación mediante– un sistema que permita la ulterior revisión del agravio actual que no tolera alzamiento inmediato. Ya volveré oportunamente sobre el tema.

1.b.2) *Las cuestiones relativas a la prueba* (rectius est, *confirmación) en general*

Durante el período procedimental abierto al efecto de producir medios de confirmación procesal suelen presentarse muchas cuestiones que generan posibilidades apelatorias, habitualmente aprovechadas con el reprobable fin de dilatar artificiosamente el curso del proceso.

Esto se ha tratado de evitar en casi todas las legislaciones, que han prohibido la apelación en la mayoría de los asuntos relativos a la prueba (art. 156) (CPCN, 379), utilizando al efecto métodos diferentes: A) admitir la apelación interpuesta pero concederla con el denominado *efecto diferido* (ver *supra*, esta misma Lección). Con este método el problema no se soluciona ni de inmediato ni más adelante, según lo enseña la experiencia tribunalicia. Ésta indica también que es posible; B) *declarar inapelable toda cuestión relativa a la confirmación procesal*. En el caso –y habida cuenta de que el error puede existir y, con ello, ser legítimo el reclamo apelatorio– las leyes que se inclinan por tal solución admiten un recurso de nulidad deducido contra la sentencia que se dicte más adelante en la causa, por haber tramitado ésta con vicios procedimentales. Este método, vigente en el CPC de SFE, genera menor número de problemas que el anteriormente mencionado.

El tema será comprendido cabalmente cuando el lector llegue a la explicación del recurso de nulidad en esta misma Lección.

Por ahora sólo resta advertir que la resolución relativa a la cuestión confirmatoria debe ser objeto de revocatoria si no gozó de previa sustanciación, pues el caso encuadra en el supuesto tratado en el número anterior.

2) *Los recursos extraordinarios*

En general, los recursos extraordinarios son de naturaleza casatoria, tanto de derecho constitucional cuanto de derecho común. De ahí que sus respectivas procedencias deban ser, desde siempre, necesariamente restringidas.

Para demostrar esta aseveración, tomo como ejemplo el texto de la norma que regula el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (ley 48, art. 14): "Una vez radicado el juicio ante los tribunales de provincia será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1) cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del congreso o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez; 2) cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3) cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional, haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

Con la simple lectura del texto transcrito se advierte sin más que la intención del constituyente fue establecer una Corte con competencia restringida –al estilo de la norteamericana– en función de último y definitivo guardián del cumplimiento efectivo de las normas fundamentales en un Estado federal, de necesaria coexistencia entre la Nación y cada una de las Provincias que la componen. La Corte debió, así, concretar toda su actuación judicial a asegurar la supremacía de la Constitución y la de los actos federales conforme a ésta.

En otras palabras: la aplicación del derecho común (no federal) y local es y debe ser efectuada sólo y excluyentemente por los tribunales de Provincias. Y, salvo caso excepcional, nunca por la Corte.

A mayor abundamiento de lo ya expresado, y en el mismo sentido, la propia Ln 48, 15, marca rumbo interpretativo: "Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescrito en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, *quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de Provincia hicieren de los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no darán ocasión a este*

recurso, por el hecho de ser leyes del congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11 del artículo 67 de la Constitución".

No obstante tan clara política constitucional restrictiva, la Corte Suprema inauguró a principios del siglo XX una interpretación expansiva de su propia competencia funcional instalando muy pronto en la Argentina la doctrina de la *arbitrariedad* y, posteriormente, la de la *gravedad institucional.*

2.a) *La arbitrariedad*

Castizamente, este vocablo expresa la cualidad de *arbitrario*. Y éste, a su vez, significa "hecho por la voluntad, gusto o capricho de alguien, sin sujeción a reglas o leyes ni a la razón".

En la época en la que esto se gestó, y aunque con numerosísimas excepciones, el país no tuvo en general buenos jueces que, por la razón que fuere –capricho, interés político o desconocimiento de la ley– sometieron a los justiciables a unas hasta entonces insólitas situaciones de *injusticia notoria.* Y a partir de esta novedad, se gestó nueva ampliación de la procedencia recursiva, extendiéndola ahora a cuestiones de derecho común en tanto el recurso se fundamentara en la existencia de una lesión a garantías constitucionales y se demostrara la relación existente entre ellas y la cuestión debatida y sentenciada.

La misma doctrina se expande muchísimo en la segunda mitad del siglo XX, en la cual se llega a establecer una suerte de catálogo de causales de arbitrariedad, cada vez más rico en supuestos que se toman justiciables por la Corte.

El máximo defensor de ello es el gran maestro Augusto M. Morello quien, con su siempre respetada opinión, ha elogiado y sostenido permanentemente la existencia de un nuevo e implícito inciso 4) del art. 14: la *arbitrariedad* de la sentencia inferior. A tal efecto ha expresado que "cada vez gana mayor espacio para la invención, para la capacidad de imaginar, para la participación, para el juego de mayores alternativas, fundamentalmente en lo que hace a la sentencia arbitraria en aspectos nada secundarios, con los resultados fructuosos, visibles y crecientes para la eficaz motivación de los fallos judiciales y los resultados útiles y justos de la jurisdicción".

Y con tal elogio y la defensa de tan importante doctrina y de toda la no menos importante que la acompañó hasta hoy, las causales de arbitrariedad fueron perfilándose recurrentemente a partir, siempre, de casos extremos que muchas veces son difíciles de repetir.

La buena doctrina nacional que se ocupó del tema ha sistematizado adecuadamente las causales de arbitrariedad que ha imaginado la Corte en sus sucesivas composiciones.

Sin ánimo de agotar el tema, que no es propio de esta obra y al que rozo aquí tangencialmente con propósitos críticos, señalo que la *arbitrariedad* finca en los supuestos que a título ejemplificativo enumero seguidamente: a) apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso; b) carencia de fundamentos en la motivación de la decisión; c) menoscabo importante del derecho de defensa en juicio; d) capricho judicial en la decisión, tomada a base de la simple voluntad del sentenciante; e) violación de la esencia del orden constitucional; f) ausencia de una razonada derivación del derecho vigente aplicable al caso, según lo debatido en él; g) exceso en los límites de la razonabilidad; h) contenido de omisiones, errores y graves desaciertos; i) contravención del adecuado servicio de justicia; j) exceso ritual manifiesto, con la consiguiente renuncia consciente a la búsqueda de la verdad material u objetiva; k) violación del orden constitucional; l) contravención de un adecuado o racional servicio de justicia; etc.

Si se mira con detenimiento cada uno de estos estándares y se lo analiza desde la óptica de la *injusticia notoria* que tanto duele, más allá de la extrema latitud que muestra el simple enunciado de cada uno de ellos, es claro que no puede dejar de compartirse la crítica laudatoria que a esta ampliación de competencia le ha hecho unánimemente la doctrina nacional.

Si el lector se toma el trabajo de leer con detenimiento las motivaciones de los pronunciamientos de la Corte que originaron este novedoso *tipo recursivo* recién inventariado en algunas de sus variantes, advertirá que todas ellas entrañan y muestran siempre un sentido de clara *injusticia notoria* que a todas luces es muy difícil de aceptar.

Sin embargo, esta intrínseca bondad ha generado un mal de inusitada magnitud y candente actualidad, que no puede desconocer jurista alguno.

En primer lugar, acoto que al privilegiar un subjetivo sentido de justicia y emplearlo en cada caso concreto al margen de los límites de la competencia funcional de la Corte fijados con absoluta precisión en Ln 48, 14, résulta evidente para el menos avisado que se cambió jurisprudencialmente el texto y sentido restringido de la ley, que apuntaba –al igual que la Constitución– a un tribunal que no interviniera en cuestiones de derecho común sino en excepcionales casos de conflictos constitucionales entre Poderes del Estado y entre Nación y Provincias.

Y creo que es asaz claro que el máximo órgano de control de la Constitución, so capa de respetarla, *mutatis mutandi* se convirtió a la postre y de verdad en juez ordinario común al intervenir en juicios de desalojo, de fijación de límites, de medianería, de cobro de dinero, etc. Claro que desde la óptica de la Constitución. ¡Pero en el desalojo!

Y es que, con el tiempo, todos esos *tipos jurisprudenciales* de arbitrariedad se convirtieron en verdaderos *estándares jurídicos* que hoy se han enseñoreado en el ejercicio de la profesión de abogado y con importancia mayor a la de la propia ley.

Repárese en que, si se razona imaginativamente –cual lo apuntaba *supra* el maestro Morello– a partir del contenido literal de cada uno de los *estándares de arbitrariedad* (en rigor, del *abstract* del fallo respectivo, pero despojado de sus consideraciones para el caso concreto en el cual fue dictado), puede ser aplicado sin más a miles y miles de asuntos justiciables.

Que es lo que ha ocurrido, desgraciadamente, gracias a la inconformista cultura de nuestros abogados, que pocas veces aceptan de buen grado los razonamientos judiciales que no le otorgan razón y, así, están siempre dispuestos a transitar todas las posibles e imposibles instancias tribunalicias en lo que creen buena defensa de derechos de sus clientes.

El resultado está a la vista: según estadísticas de la propia Corte nacional, al tiempo que esto se escribe existe una masa crítica de expedientes en espera de sentencia que alcanza la impresionante friolera de miles y miles de asuntos. ¡Bajo todo punto de vista, imposible obtener un resultado eficaz, ya que jamás podrán ser resueltos por el elevado número de jueces que deben votar en cada cuestión justiciable como integrantes del Tribunal!

De esta situación nos hemos dado cuenta todos hace ya muchos años. Y en lugar de tomar el toro por las astas y resolver la inmensa mora que genera el problema recién señalado mediante la simple y fácil solución de volver al texto escueto de la ley, sin incisos adicionales e implícitos, y aceptando que la injusticia aunque notoria de un caso concreto no es otra cosa que un fin no querido del derecho, la Corte persiste en imaginar nuevas situaciones que puedan ingresar a su competencia funcional.

Esto trajo como inevitable consecuencia que el mismo tribunal buscara la forma de poner coto al cada vez mayor ingreso de casos a su conocimiento. Y para ello generó jurisprudencialmente otros estándares jurídicos contrarios a los anteriores, que permitieran cerrar las puertas de la Corte abiertas mediante la invocación de los supuestos de arbitrariedad ya vistos precedentemente.

Y, así, el recurso que debe ser interpuesto conforme los recaudos previstos en el CPCN, 257, hoy tiene otros requisitos de admisibilidad nacidos de la jurisprudencia de la propia Corte. Y así, debe: a) ser inteligible; b) no tener errores de redacción; c) exhibir el título expreso de *recurso extraordinario;* d) ser fundado en forma autosuficiente; e) mostrar un planteo *oportuno* de la cuestión federal que motiva el recurso en forma inequívoca y expresa, con mención concreta de la

normativa federal en juego y clara demostración de la conexión que guarda con ella la cuestión debatida en el respectivo litigio; f) muy recientemente, además, la Corte ha limitado severamente la extensión de los escritos recursivos (a 40 páginas para los recursos y a 10 para las quejas por recurso denegado) en forma tal que, a mi juicio, puede llegar a ponerse en peligro la defensa en juicio, máxime cuando las propias exigencias de la respectiva Acordada requieren el uso de gran parte de esa extensión.

En razón de que las nuevas pautas restrictivas impuestas por la Corte resultaron a la postre insuficientes para detener la avalancha de recursos y, particularmente, de las quejas por denegatoria de la admisibilidad de recursos interpuestos ante tribunales inferiores, finalizando el siglo XX se utilizó al efecto otro mecanismo de solución: extender el uso del *writ of certiorari* en sus aspectos positivos, que luego describiré, para denegar a voluntad y sin fundamentación alguna una bien fundada queja.

A esta altura de la exposición aceptará el lector que la Corte puede abrir recursos con sólo imaginar supuestos de gravedad o de arbitrariedad (que no podría abrir de acuerdo con el texto literal de Ln 48, 14) y, una vez abiertos, puede cerrarlos mediante la invocación de requisitos creados también imaginativamente por su propia jurisprudencia, consolidada durante su reiteración durante muchos años.

De ahí que, a esta altura de mi vida, deba necesariamente compartir aquella hasta hoy exacta afirmación de ilustre jurista: "La gran cantidad de casos en los que la Corte declara mal concedidos o mal denegados los recursos por los superiores tribunales locales, al par que demuestra que éstos no están suficientemente penetrados de su espíritu y alcance dentro de la jurisprudencia del alto tribunal, contribuyen por su parte a robustecer el convencimiento general de que se trata de un resorte misterioso dentro del mecanismo judicial, cuyos profundos arcanos están fuera del alcance de la preparación forense vulgar, lo que hace que en cada caso ocurrente la procedencia o improcedencia del recurso dependa, para el que lo deduce, de causas insospechadas cuya revelación le produce siempre sorpresa y a menudo irritación".

2.b) *La gravedad institucional*

Además de los casos de arbitrariedad recién vistos, y por los avatares sufridos en el país durante los últimos años, la Corte hizo nueva ampliación de su competencia, extendiendo la admisión del recurso a lo que ahora llamó *existencia de gravedad institucional* o de *razones institucionales suficientes* o de *cuestión institucional de suficiente importancia*, etc. Y ello siempre que este nuevo estándar surgiera a criterio del tribunal y al margen de los supuestos de competencia constitucional que marcan su competencia recursiva en Ln 48, 14.

Y a efectos de lograr su intervención cuando fuere menester, más allá de la admisión de un recurso extraordinario, se importó desde los Estados Unidos de América el *writ of certiorari,* mediante el cual la Corte de allí abre a voluntad, discrecionalmente y sin fundamentación alguna, los casos que estima deben ser tratado por ella en tanto el tribunal es un obvio órgano de cogobierno en el país.

En puridad de verdad, esto es una simple avocación de la Corte respecto de un caso concreto. Y desde esta óptica es que debe ser estudiado el tema.

Y esto es bueno dentro de un orden jurídico sistémico, pues se permite al máximo tribunal del que se trate intervenir frente a situaciones cuya gravedad puede poner en peligro la existencia o subsistencia de los valores que rigen toda la normativa legal. Claro es que tales situaciones generan estados de excepción y deben ser tratadas como lo son: excepcionalmente.

En esta tesitura, la Corte local permitió la apertura de su sede, luego de decir que tenía facultades de avocación no obstante carecer de ley reglamentaria al respecto. Y, así, dijo que para ello se exige la existencia clara de cuestión federal y de gravedad institucional, que opera sólo en el marco de la competencia federal, que puede interponerse directamente ante la propia Corte y que no es menester guardar en la presentación los recaudos formales propios del recurso extraordinario.

Sin perjuicio de lo expuesto, el *certiorari* se utilizó también por la Corte para cerrar su competencia, no sólo para abrirla. Y esto se produjo mediante Ln 23.774 que modificó CPCN, 280[2] y 285[3], con pautas que no se condicen con el sistema jurídico vigente en nuestros países que exigen desde las propias Constituciones la fundamentación congruente de todas las resoluciones judiciales.

Y esto parece, a primera vista, ser de manifiesta ilegitimidad, no obstante que la mejor doctrina nacional haya aplaudido largamente esta novedosa institución sosteniendo que "vino para quedarse" como fórmula aceptable para terminar con la fenomenal mora de la Corte.

Pero hay más restricciones que surgen de la propia ley: no cualquiera sentencia puede ser objeto de esta impugnación, admisible sólo respecto de 1) *sentencias definitivas* y 2) *dictadas por el tribunal superior de la causa.*

2 Al art. 280 le introdujo, como segundo párrafo, el siguiente: "La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

3 Al art. 285 le agregó el siguiente párrafo: "Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y formas previstos en el art. 280, párrafo segundo".

Para la exacta tipificación de ambos requisitos, ha sido necesaria la construcción doctrinal de la jurisprudencia que llevó años hacer.

Es por eso que, desde no hace mucho tiempo, se acepta en el país que:

2.c) *sentencia definitiva* es la que pone fin al *litigio* aunque deje subsistente el *conflicto*[4]. En tal concepto ingresa la sentencia que declara la caducidad de una instancia, la que rechaza liminarmente una pretensión so pretexto de no ser justiciable, la que niega la competencia federal, etc.;

2.d) *superior tribunal de la causa,* en un país de organización federal como el nuestro, es el tribunal que ocupa la cúspide del respectivo sistema judicial aunque carezca de competencia recursiva ordinaria y la respectiva normativa no lo habilite para tratar los aspectos constitucionales involucrados en el recuso extraordinario.

3.1.5.2. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL AGRAVIO COMO CAUSAL DE RESTRICCIÓN RECURSIVA

En función del valor económico comprometido en la decisión impugnada, existe desde hace ya bastante tiempo otra clara restricción recursiva, que puede ser vista tanto en la apelación como en los recursos extraordinarios.

1) *En la apelación:*

Vuelvo al ejemplo del art. 348, que decía en el año de 1962: "Para que proceda la apelación se requiere que el agravio que se pretenda reparar exceda de quinientos pesos cuando la resolución hubiera sido dictada por jueces legos o departamentales y de dos mil pesos cuando por jueces letrados". Poniendo al día esas cantidades, LOPJ, 43, estableció en el año de 1988 que "En todos los casos, para la admisibilidad de la respectiva impugnación se requiere que el agravio exceda de una cantidad equivalente a diez unidades *jus* a la fecha de dictarse el pronunciamiento recurrido...".

De la misma forma se limita la apelación en el CPC Nación, gracias al texto de su art. 242.

2) *En el recurso extraordinario* no existe límite actual pero, en su lugar, se ha creado una importante gabela para restringir la presentación de quejas, tal como se verá luego.

4 Recordar ambos conceptos expuestos en la Lección 1.

3.1.5.3. LA DEDUCCIÓN PREVIA DE OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN CUYA INMEDIATA SOLUCIÓN PUEDE LLEGAR A EVITAR LA ALZADA COMO CAUSAL DE RESTRICCIÓN RECURSIVA

Otra forma de restringir la admisibilidad de los recursos de alzada se hace imponiendo desde la ley la necesidad de transitar necesaria y previamente por otros carriles impugnativos.

Y esto es correcto pues, al posibilitar que el juez de grado cuya decisión se impugna pueda corregir por sí mismo los errores que se imputan a su decisión, se ha encontrado un buen método para solucionar problemas dentro del proceso sin sobrecargar indebidamente el trabajo de la alzada.

Estos medios de impugnación previos asumen, así, un carácter *basal* sobre el cual ha de construirse el régimen recursivo de doble grado de conocimiento y se relacionan con dos circunstancias: a) la existencia de *cuestiones procesales no sustanciadas* y resueltas con el solo instar unilateral (art. 344), y b) la de *omisión de cuestiones* o de *errores materiales* o de *cuestiones oscuras* (art. 248). Explico ambas.

a) *Cuestiones procesales no sustanciadas*

En todo trámite judicial, cada posible instar debe recibir siempre del juez una providencia que estime o deniegue la pretensión procedimental contenida en la respectiva instancia (por ejemplo, correr traslado de la demanda, abrir la causa a prueba, fijar fechas de audiencia, conferir traslados a las partes para alegar, ídem al apelante para expresar agravios, etc.).

Cuando se trata de proveer estas peticiones, al igual que las que muestran contenido cautelar, nunca se exige necesaria audiencia previa de la parte contraria para admitir o denegar la respectiva pretensión. Y ello en razón de que, cualquiera fuere el contenido de la respectiva resolución, jamás se altera el derecho de defensa de la parte contraria en razón de que a ella siempre le cabe la posibilidad de deducir recurso de revocatoria si lo resuelto le produce agravio procedimental.

Lo mismo ocurre cuando la respectiva pretensión obtiene del juez una decisión denegatoria: es ahora el propio peticionante quien puede deducir la revocatoria del caso. En este supuesto, si la providencia de marras puede generar en quien ha instado el respectivo acto un gravamen tal que permita, por ejemplo, la deducción de la apelación, no parece razonable que el juez deba concederla sin más (por el tiempo que demandará su tramitación en la alzada) sin antes tener la oportunidad de advertir y corregir por sí mismo la eventual equivocación que ha provocado dicho gravamen.

De la misma forma ocurre en el supuesto anterior, cuando es la parte contraria a la que instó la que recibe un agravio suficiente como para apelar ante el superior.

En estos casos, muchas legislaciones contemporáneas que reiteran la correcta solución dada al problema por las leyes españolas del pasado, exigen que en forma previa a la interposición de la apelación el agraviado deduzca reposición o revocatoria (recordar que, según el caso, funciona como reacertamiento y como recurso), con lo cual la deducción de la apelación es de carácter *subsidiario* o *eventual*. Sólo si aquél es denegado o rechazado por el juzgador, tiene que decidir acerca de la admisión de ésta y obrar en consecuencia.

Esta impugnación previa a la apelación se convierte, así, en su *basamento* (de ahí que le he dado antes el nombre de *recurso basal*) y es de tránsito imprescindible siempre que se intente apelar una resolución judicial dictada *sin anterior sustanciación* (art. 347). Atención: tal como se verá luego al tratar el recurso de reposición, apunto aquí que éste es el meollo esencial de la procedencia impugnativa.

Finalmente: la comunidad de los plazos recursivos determina que la apelación deba ser deducida conjuntamente y en subsidio de la revocatoria. En otras palabras: el sintagma *en subsidio* viene a representar aquí el exacto significado de una pretensión eventual: nace sólo si la primera, a la cual subsidia, es denegada (ver la Lección 5).

Por supuesto, todo lo aquí expresado es de plena aplicación a las sanciones que los jueces pueden imponer oficiosamente a partes y abogados.

b) *Omisión de cuestiones y existencia de cuestiones oscuras o corregibles en la resolución*

Hay ocasiones en las cuales el juzgador: b.1) ha omitido tratar al sentenciar ciertas cuestiones debidamente planteadas ante él, o b.2) ha dejado cuestiones oscuras y, por ende, incomprensibles, en la redacción de su pronunciamiento, o d.3) ha cometido algún error material en el texto de su sentencia (art. 248).

Todo ello puede ocasionar gravamen a alguna de las partes y, por tanto, generar interés en deducir la correspondiente apelación.

Pero parece claro que resulta absurda la elevación de la causa al superior si el propio juez puede suplir la omisión, aclarar el concepto oscuro o corregir el error material.

De ahí que todas las leyes procesales legislen acerca de la *aclaratoria*, ya sea como remedio o como recurso (recordar que siempre es una instancia de reacer-

tamiento) que se convierte en un paso necesario (basal) para lograr la admisión de la apelación.

En otras palabras: si se apela inicialmente una sentencia porque, por ejemplo, no impuso costas al perdedor, la alzada no será abierta si no se dedujo en forma previa la aclaratoria de rigor y fue negada la respectiva petición (ver excepciones en el art. 246).

Para poder terminar con el tema, se hace menester ahora pedir al lector que tome conciencia de cómo y cuánto se restringe procedimentalmente la apertura de un recurso de alzada. Si lo hace, deberá hacer coherentemente su propio juicio de valor acerca de nuestro sistema legal y de su constitucionalidad.

3.1.5.4. EL PAGO DE GABELAS COMO CAUSAL DE RESTRICCIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DE QUEJAS

Otro modo de restringir la actividad recursiva en grado extraordinario es imponer el pago adelantado de a veces importantes gabelas para acceder a una instancia superior que, si a la postre resulta inadmisible, se pierde su importe en beneficio de las arcas del propio tribunal, que lo utiliza luego para adquirir libros a su biblioteca o para afrontar otras necesidades del servicio.

Nadie podrá negar que esto, más allá de su clara inconstitucionalidad, es decididamente inmoral: no es razonable sujetar la prometida garantía de justicia al pago de suma de dinero que se pierde si el recurso no se admite por la razón que fuere y que, cual ya se ha visto precedentemente, puede ocurrir por una suerte de arte de birlibirloque que surge del profundo arcano que en que se ha convertido la apertura de un recurso extraordinario.

Esto ocurre en el orden federal argentino (CPCN, 286 y 287) y en SFE, menciones que hago ahora pues las he usado para hacer *supra* referencias a ellas.

3.1.5.5. LA INEXISTENCIA DE COMPETENCIA FUNCIONAL SUPERIOR PARA EL CASO, POR RENUNCIA DE LOS INTERESADOS COMO CAUSAL DE RESTRICCIÓN RECURSIVA

La última causal que los autores citan en cuanto a restricción recursiva refiere, se encuentra en la renuncia que los interesados hacen para deducir recursos de alzada en tanto la materia litigiosa sea de naturaleza transigible.

Y ello es correcto y se acepta desde antaño en tanto se renuncie anticipadamente a la interposición del recurso de apelación (recuérdese que es una impugnación para atacar afirmada injusticia). Pero no ocurre lo propio con otros recursos que se relacionan con vicios de ilegitimidad, que jamás pueden ser renunciados (art. 29).

En el caso concreto de los recursos extraordinarios, parece claro que son siempre irrenunciables al pertenecer todos a la categoría de medios de impugnación que se relacionan con la *ilegitimidad* y no con la *injusticia* de un pronunciamiento judicial.

De ahí que la Corte procedió mal cuando rechazó su intervención en recursos de inconstitucionalidad deducidos contra laudos arbitrales a base de los criterios legales.

3.1.6. LA ¿CONSTITUCIONALIDAD? DE LA RESTRICCIÓN IMPUGNATIVA

Después de tanta inimpugnabilidad, irrecurribillidad, inapelabilidad, etc., que he repasado recién y que volveré a referir al tratar específicamente el recurso de apelación, por la magnitud que ha alcanzado su actual restricción –claro exponente todo del triunfo de la extrema publicización procesal en la confección de las leyes que nos rigen actualmente– la adopción en nuestros países de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) ha venido a poner una cuota de garantismo en el orden jurídico vigente.

Y, así, su art. 8 rige plenamente en la Argentina con rango constitucional: "1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.* 3) La confesión del inculpado solamente es válida si

es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4) El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

Y la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha atribuido un carácter «expansivo» a las garantías previstas en el artículo 8.2 recién transcrito, con el evidente propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos: "A pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes".

Esto ha llevado a descalificar al recurso de casación penal por no tolerar la revisión por la alzada de las cuestiones de hecho resueltas por el tribunal inferior. De donde habrá que replantear en la Argentina la constitucionalidad de todos los recursos que hemos adoptado inútilmente durante los últimos años y que, en rigor, han entorpecido el sistema judicial.

3.1.7. LOS PRESUPUESTOS DE TODA IMPUGNACIÓN

La doctrina nacional ha presentado hasta ahora el tema de manera diferente al que utilizo en esta obra y que he elegido pues creo que resulta mucho más útil para su mejor comprensión.

Para ser consecuente con el desarrollo del mismo tema en Lecciones anteriores, debo recordar ahora que en las Lecciones 4 y 8 expliqué el contenido del vocablo *presupuesto*.

En todos los casos he hablado de *supuestos* (*precedente* y *consecuente*, ambos de contenido puramente lógico y, por tanto, invariables), y de *requisitos actuales de realización del acto* con *eficacia* y *eficiencia*, de contenidos puramente legales y, por tanto, variables de legislación a legislación.

Veamos ahora estos presupuestos en cuanto al tema en tratamiento.

3.1.7.1. LOS SUPUESTOS PRECEDENTES DE LAS IMPUGNACIONES EN GENERAL

El *supuesto precedente* (presupuesto *previo* o *anterior*) de las impugnaciones en general es siempre un *acto de autoridad* que afecta a un particular por razones objetivas de *ilegitimidad* o por subjetivas de afirmada *injusticia* (estas posibles razones ya las enuncié a título general al comienzo de esta Lección, ver punto 1).

Pero no todo acto de autoridad es siempre susceptible de *todo* recurso sino sólo de *algunos* específicamente previstos en las leyes.

Y es así que existen legalmente tipificados muchos supuestos que se contemplan como de *procedencia* de cada recurso en particular (por ejemplo, no cualquier auto interlocutorio admite la apelación sino sólo aquél que causa un gravamen irreparable por la sentencia definitiva). Y esto es lo que, a efectos del tema en tratamiento, configura precisamente el supuesto precedente.

En rigor, este supuesto hace al *porqué* de la impugnación.

Se verá luego en detalle el tema respecto de cada recurso en particular, pues la variación del origen de este supuesto hace que cambien los requisitos actuales necesarios de cumplir en los diferentes casos.

Y para explicar ello partiré en esta obra del texto de CPCSFE, al cual adecuaré la glosa que sigue.

3.1.7.2. LOS SUPUESTOS CONSECUENTES DE LAS IMPUGNACIONES EN GENERAL

Los *supuestos consecuentes* (presupuestos *futuros* o *inminentes*) de toda impugnación varían en orden al tipo de pretensión impugnativa respecto de la resolución judicial que se obtendrá luego de tramitarla.

Si bien se mira, estos supuestos son los que refieren a lo que el impugnante pretende obtener *(objeto)* de su instar. En rigor, hacen al *efecto* o al *para qué* de la impugnación.

Todo esto será explicado más adelante respecto de cada medio de impugnación en particular.

3.1.7.3. LOS REQUISITOS GENERALES DE TODAS LAS IMPUGNACIONES

Los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

Como se ve, estos *requisitos* se relacionan tanto con la *eficacia* como con la *eficiencia* del instar.

Los *requisitos de eficacia* son de carácter *extrínseco* y deben presentarse siempre en el momento mismo de ser deducida la impugnación del caso en sede judicial, a fin de lograr que el juez actuante emita un *juicio de admisibilidad*.

Se vinculan siempre con las preguntas que pueden formularse para definir *cuándo*, *cómo* y *dónde* debe presentarse la impugnación.

A su turno, los *requisitos de eficiencia* son siempre de carácter *intrínsecos* y responden a la pregunta *qué hay que hacer* procedimentalmente para lograr el otorgamiento final de la pretensión impugnativa.

Todas estas preguntas serán respondidas al tratar cada medio impugnativo en particular.

3.1.7.3.1. LOS REQUISITOS GENERALES EXTRÍNSECOS PARA DEDUCIR IMPUGNACIONES

Estos requisitos se vinculan con la idoneidad del recurso elegido, con el lugar de su presentación, con el plazo para hacerlo y con las formas que debe contener y son: 1) idoneidad del medio impugnativo deducido; 2) determinación del lugar en el cual se presenta la impugnación; 3) habilidad del plazo en el cual se deducen; 4) cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para su admisión. Los explico.

1) *La idoneidad del medio impugnativo deducido por su adecuación con el supuesto precedente existente en el caso*

En razón de que los medios de impugnación y, particularmente, cada recurso procesal, tienen siempre un preciso y delimitado objeto, es menester que todo impugnante deduzca el único medio adecuado al fin propuesto y en función del supuesto precedente del caso.

Resulta claro hasta para quien es lego en la materia que si se propone una *apelación*, por ejemplo, el impugnante pretende lograr a la postre la revocación de la sentencia judicial apelada y no su mera *aclaración*, también por ejemplo, pues ello exige la deducción de una aclaratoria. Todo, en razón de que ambos medios de impugnación poseen objetos diferentes que no pueden ni deben ser confundidos entre sí.

De ahí que esta precisión técnica no es puro preciosismo lingüístico sino eje fundamental del funcionamiento de todo el sistema procesal. Y esto es así si realmente se aspira a que todo el litigar sea algo más que un arte o la sumatoria de habilidades personales, siempre generadoras de enorme arbitrariedad.

Resulta entonces necesario remarcar que, si conforme con la ley el único recurso procedente en un caso dado es el de apelación, por ejemplo, es errónea e inoperante la deducción de todo otro recurso que no sea, precisamente, ése.

Y esto se explica muy sencillamente, lo reitero, apenas se advierte cuáles son las posibles pretensiones de sustentar en los ejemplos puestos precedentemente, que son las que encorsetan la actuación del superior llamado a resolver la cuestión en definitiva, tal como se verá más adelante.

Si así no fuere, es obvio que estaríamos entronizando la arbitrariedad judicial a la cual tanto se le teme desde antaño. Que es exactamente lo que ocurre cuando alguna doctrina postula terminar para siempre con las formas del proceso y reemplazar todo el andamiaje impugnativo con lo que se ha dado en llamar el *recurso indiferente*, mediante el cual se afecta groseramente el derecho de defensa en juicio de los particulares.

2) *La determinación del lugar en el cual se presenta la impugnación*

En razón de que los diferentes medios de impugnación ya vistos precedentemente (unilaterales: *reacertamiento*, y bilaterales por su esencia de *acción procesal*: *demanda principal, excepción, incidente* y *recurso)* difieren fundamentalmente entre sí, es obvio que el lugar de presentación de una impugnación puede ser distinto según se trate de un caso u otro.

Por ejemplo, es claro que el juez competente para recibir una instancia de apelación es, precisamente, el mismo que dictó la resolución que se intenta apelar. Pero si se desea discutir la competencia de un juez que ya está entendiendo de un litigio y al que el demandado considera incompetente, irá ante el mismo juez si deduce una excepción de incompetencia o ante el juez de primera instancia a quien él considera competente, si lo hace por vía de inhibitoria. Finalmente, si la impugnación debe ser deducida por la vía de una demanda principal (por ejemplo, en lo contenciosoadministrativo) habrá de ir al juez competente en la respectiva materia, o ante quien esté de turno, si hay más de uno, etc.

La cuestión reviste importancia pues el juez que reciba el instar ha de ser quien emita el respectivo juicio de admisibilidad y, con ello, permita el tratamiento de la pretensión impugnativa posterior.

De la misma manera, si la respectiva impugnación admite un desdoblamiento entre los juicios de admisibilidad y de fundabilidad y, en consecuencia, otorga la tarea de emitir éste a un superior jerárquico de aquél, queda también fijada también la competencia superior.

De aquí en más, y para cada caso en particular, hablaré del tema refiriéndolo como *juez de la admisibilidad* y *juez de la fundabilidad*.

3) *La habilidad del plazo en el cual se deducen*

Los medios impugnativos conocidos como *excepciones, incidentes* y *recursos* están sujetos a una clara *condición de eficacia*: la de ser deducidos dentro del plazo de carácter preclusivo fijado por la ley para cada caso en particular.

De manera similar ocurre con el medio aceptado como *demanda principal*, pues se halla siempre sujeto a plazo de caducidad del instar (por ejemplo, im-

pugnación judicial de un acto administrativo) o de prescripción del derecho (impugnación de un acto de particular por existencia de lesión, por ejemplo).

De ahí entonces que toda impugnación deba ser efectuada dentro del plazo acordado al efecto, debiendo ser computado éste no por días corridos sino teniendo en cuenta sólo los hábiles y contados desde del día siguiente al de aquél en el cual se tiene conocimiento del acto. CPC SFE otorga al efecto un plazo adicional (todo el horario de atención al público del día hábil siguiente) (art. 70). Queda a salvo todo plazo prescripcional, que se rige conforme las pautas establecidas al efecto en el CC.

Todo esto, claro, está, vale sólo para los juicios que tramitan por escrito. En los juicios con procedimiento oral, y para las impugnaciones que pueden presentarse andando el pleito (aclaratoria y revocatoria), los plazos corren de inmediato y precluyen definitivamente con la terminación de la respectiva audiencia.

4) *El cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para su admisión*

El legislador ha previsto para todos los casos una suerte de *acto patrón* para la deducción del medio de impugnación de que se trate.

Y así, ha establecido que puede ser presentado:

a) por escrito o verbalmente con asiento de lo actuado en una diligencia firmada por el interesado ante el Secretario (art. 32);

b) con eficiente fundamento impugnativo contenido en el mismo acto de deducción de la impugnación o en acto posterior;

c) sin o con copias acompañadas en suficiente número cuando la respectiva instancia es de carácter bilateral, a fin de poder conferir los traslados del caso (art. 35);

d) sin o con firma de letrado (art. 31), etc.

Dándose cabalmente en cada caso de impugnación la suma de todos los requisitos de admisibilidad precedentemente explicados, corresponde al juez disponer su admisión y ordenar en consecuencia la tramitación prevista por la ley respecto de cada medio impugnativo en particular.

Además, cuando se trata de recursos de doble grado de conocimiento en los cuales el juicio de la fundabilidad corresponde ser dictado por un superior jerárquico, debe establecer al mismo tiempo el efecto de su admisión, salvo que lo haya hecho la ley para el caso concreto.

Y ya se ha visto precedentemente que el modo de tramitación puede ser diverso según el caso.

3.1.7.3.2. LOS REQUISITOS GENERALES INTRÍNSECOS PARA DEDUCIR IMPUGNACIONES

Estos requisitos se vinculan con la legitimación para impugnar, con el interés para obrar y con la fundamentación recursiva.

Los explico.

1) *La legitimación sustancial y procesal para impugnar*

Para la eficiencia de la pretensión impugnativa es menester que el impugnante tenga capacidad jurídica y procesal para poder deducirla, aspectos éstos que se ven con mayor claridad cuando la impugnación se efectúa por medio de demanda principal o incidental y no como cuando se lo hace por la vía de excepción o recurso, toda vez que en tales casos el impugnante ya está participando del curso de un proceso determinado en donde ha acreditado ambas capacidades.

2) *El interés para obrar*

De la misma forma, el impugnante debe afirmar –y llegado el caso, demostrar– un grado de afectación suficiente que habilite el camino impugnativo (ver clasificación del interés para obrar en la Lección 15).

En el caso de deducción de un *recurso*, el grado de esa afectación surge nítido de la simple comparación entre lo pretendido y lo acordado en la sentencia que se impugna. De donde resulta que quien ostenta la calidad de total ganador en la pretensión sentenciada, carece de interés para impugnar el acto aunque, como es obvio, sí lo tiene para sostenerlo frente a la impugnación del perdedor.

3) *La adecuada fundamentación del medio interpuesto*

Es éste el principal requisito de la eficiencia del instar, principalmente en materia de recursos procesales, en razón de que ningún juez está en condiciones de adivinar los motivos del reclamo respectivo.

Tal importancia se agudiza si se recuerda cómo es que se achica la materia del conocimiento judicial a medida que se escala en la cadena de grados de control recursivo: a mayor jerarquía del tribunal, menor posibilidad de ejercer la función.

Esto ya ha sido explicado en la Lección 23 y allí me remito.

Agrego ahora que cuando la fundamentación impugnativa debe hacerse en el acto mismo de interponer la impugnación (casos de demanda principal, demanda incidental, excepción, reacertamiento y algunos recursos, cual ocurre con cualquiera de los extraordinarios, por ejemplo), la carga de fundamentar se encuentra legislada en el respectivo articulado del código de que se trate.

Lo mismo ocurre con la reposición, no importando al efecto si la impugnación opera como reacertamiento o como recurso (art. 345).

En todos los casos, parece que el tema es obvio y que a nadie se le ocurriría demandar, excepcionar o recurrir sin dar abundantes y precisas razones del reclamo para lograr llevar al juez la necesaria convicción que definirá el oportuno acogimiento de la respectiva pretensión.

Pero el legislador ha puesto especial cuidado en normar detalladamente el tema en lo que toca a recursos de doble grado de conocimiento (cual los de apelación y nulidad, por ejemplo), en cuyo caso prohibe desde antaño que se fundamenten en el acto de interponerlos.

De ahí que en la tramitación de este tipo de recursos se les da un trámite en la alzada que consiste en un traslado para generar al impugnante la carga de *expresar sus agravios* (arts. 364 y 378), lo que viene a significar que ése y no otro es el momento adecuado para presentar los fundamentos de la impugnación.

Y la ley especifica que si la carga no se cumple o se cumple deficientemente, el impugnante pierde la posibilidad de que su pretensión sea tratada en los términos que han sido propuestos.

En efecto: si los agravios no se expresan en el plazo establecido por la ley, se *declara desierto el recurso* (art. 364) y, con ello, se confirma automáticamente la sentencia impugnada.

Pero si se los expresa aunque de manera inadecuada, algunas veces merece igual solución, en tanto que otras la ley otorga al juez la facultad de declarar al sentenciar que el apelante está conforme con las cuestiones de hecho expuestas por el juez inferior y a ellos les aplica sin más el derecho que corresponda al caso.

De aquí surge la importancia de comprender su esencia: debe ser siempre una crítica clara, seria, precisa, razonada y concreta, mediante la cual se refute cada motivación de la sentencia usada por el juez *a quo* para sentenciar como lo hizo (tanto en lo relativo a la consideración de los hechos litigiosos como de la normativa legal aplicable a ellos) y con la expresión de la solución final que se pretende obtener del tribunal *ad quem* (art. 365).

Y con esto parece ya claro que se trata del requisito intrínseco de mayor importancia en materia recursiva, pues en él está la vida misma del recurso.

El tema genera ahora una específica forma de tramitar este tipo de recurso, tal como lo describiré *infra*.

De ahí que en la tramitación de este tipo de recursos se les da un trámite en la alzada que consiste en:

a) un traslado al impugnante para que *exprese sus agravios* (arts. 364 y 378);

b) del escrito fundante del recurso se confiere traslado al apelado para que discuta las razones expuestas por el apelante al pretender la anulación o revocación de la sentencia que lo convirtió en perdedor del litigio, a fin de que aquél pueda sostener la legitimidad o la justicia de la sentencia que le dio la razón y lo convirtió en ganador (arts. 366 y 379);

c) en el mismo acto de contestar los agravios del apelante, el apelado puede adherir al recurso de la parte contraria y, en su caso, expresar sus propios agravios (arts. 367 y 379). Si esto ocurre, el trámite se cierra con un nuevo traslado al apelante originario –ahora en situación de *apelado*– para que conteste los agravios del apelante adhesivo (art. 367);

d) si se da alguno de los supuestos excepcionales que algunas leyes prevén al efecto, a pedido del apelante se abre la causa a prueba (arts. 369 y 379) por un breve plazo (art. 369, últ. párr), transcurrido el cual y producidos o no los medios de convicción del caso, se generan nuevos y sendos traslados a ambas partes para que aleguen sobre su mérito confirmatorio (arts. 372 y 380);

e) el trámite se cierra con la providencia de *llamamiento de autos para sentencia* (art. 372). Una vez precluido el plazo para impugnarla, queda el litigio en estado de ser resuelto.

Tenga presente el lector el trámite recién descrito, pues a él me remitiré oportunamente.

3.1.7.4. LOS REQUISITOS ESPECIALES DE ALGUNAS IMPUGNACIONES

Algunos tipos de impugnaciones están sujetos a requisitos especiales propios de ellos. Por ejemplo, la impugnación contencioso-administrativa está sujeta al requisito de que el impugnante haya agotado previamente la correspondiente vía administrativa.

De aquí en más se harán constar cuando sea menester hacerlo.

3.2. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN PARTICULAR

Se verá ahora qué es cada uno de los recursos en particular que norman habitualmente como tales los códigos procedimentales que rigen en materias civil y penal (no importa por ahora si tienen naturaleza de reacertamientos, de demandas –principales o incidentales– o de verdaderos recursos). Quedan excluidos, así, todos los medios de impugnación que no están específicamente legislados en tales códigos (por ejemplo, los mencionados *supra*, en los # 3.1.1.2., 3.1.2.2 y 3.1.2.3).

Para facilitar la lectura del tema los agruparé:

a) por un lado, los recursos ordinarios basales de aclaratoria y de revocatoria;

b) por otro, los recursos de doble grado de conocimiento ordinario: de apelación y de nulidad;

c) luego, el recurso directo y de atentado;

d) después, el recurso que claramente es verdadera demanda: de rescisión y de revisión y,

e) finalmente, el recurso de apelación extraordinaria.

Con esto se cubren todos los supuestos recursivos previstos en CPC SFE.

3.2.1. LA ACLARATORIA

Esta impugnación se denomina así desde antaño, pero su nombre peca por defecto: no siempre lo que se pretende es una aclaración sino, y muchas veces, una ampliación de lo sentenciado. De ahí que el CPC Uruguay lo denomine correctamente como *aclaratoria* y *ampliación*.

1) *La naturaleza de la aclaratoria*

Ya expliqué que el remedio procesal o el recurso denominado en los códigos como *aclaratoria*, opera siempre como verdadero *reacertamiento* y tiene un carácter basal restrictivo de la apelación. Por tanto, es de tránsito necesario para que pueda ser apelable una resolución judicial que adolece de alguno de los problemas que marcan su procedencia.

Siempre es *unilateral* (de donde resulta que no cabe sustanciación alguna respecto de la pretensión respectiva).

2) *Los presupuestos de la aclaratoria*

Explicada ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *Los supuestos precedentes de la aclaratoria*

El supuesto general es siempre *una resolución judicial* (no importando al efecto si se trata de sentencia, auto interlocutorio, auto simple, providencia de trámite, etc.), que el impugnante considera oscura, o continente de errores materiales (no conceptuales), o que no muestra todos los elementos que debe contener según la ley.

2.b) *Los supuestos consecuentes de la aclaratoria*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, caso de ser admitida, se entiende que el juez aclarará el o los conceptos oscuros contenidos en su resolución impugnada, o corregirá los errores materiales puntualizados por el impugnante o suplirá las omisiones en las cuales ha incurrido.

2.c) *Los requisitos generales de la aclaratoria*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde presentar a:

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos de la aclaratoria*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es de 3 días (art. 248) (CPCN, 166, 2°), que puede ser presentada por escrito o en diligencia y que no requiere acompañamiento de copias pero sí de firma de letrado (art. 30).

Tal plazo no rige cuando el error es puramente numérico, que puede ser corregido en todo tiempo (art. 248, últ. párr.).

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos de la aclaratoria*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que debe ser siempre fundada en el acto mismo de su interposición, haciendo notar en qué consiste la concreta pretensión aclaratoria o ampliatoria y solicitando expresamente el tipo de aclaración o de ampliación que se impetra, en orden a sus posibles casos de procedencia.

3) *El trámite de la aclaratoria*

Su naturaleza unilateral –recuérdese que *siempre* es una instancia de reacertamiento– impide toda tramitación ulterior a su deducción. Por tanto, una vez presentada, ya corre para el juez el plazo para resolverla.

4) *Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide la aclaratoria*

En razón de que la decisión que recae sobre la pretensión de aclaratoria integra esencialmente la resolución impugnada, no es apelable en sí misma sino que corre la suerte impugnatoria de aquélla (art. 248, segundo párr.).

3.2.2. LA REVOCATORIA

El recurso de revocatoria es conocido también como de *reposición* o *reforma* o *reconsideración* o *súplica*. La denominación correcta no puede ser otra que la

de *reconsideración* pues lo que el impugnante pretende es precisamente eso: que el juez reconsidere algo que ya ha decidido. Y reconsiderada que fuere la cuestión *repondrá* o no, *revocará* o no, *reformará* o no.

1) *La naturaleza de la revocatoria*

La revocatoria es un medio de impugnación que opera a veces como reacertamiento y, a veces, como recurso; y de ello depende que deba o no tener sustanciación antes de ser resuelta.

Las diferencias entre ambas surgirán del tratamiento que haga luego respecto de sus presupuestos y trámite.

2) *Los presupuestos de la revocatoria*

Explicada ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *El supuesto precedente de la revocatoria*

Dos referencias concretas cabe hacer en cuanto a este supuesto: en primer lugar, siempre es *una resolución judicial* (no importando al efecto si se trata de auto, decreto o providencia de trámite, etc.), *que ha sido dictada sin sustanciación previa*, es decir sin haber oído el juez a las dos partes antes de emitir la respectiva resolución (art. 344). Este supuesto es de antiquísima data y desde siempre ha sido utilizado como medio impugnativo basal para evitar en lo posible la apertura de una alzada, tal cual ya lo expliqué antes y rige con las mismas referencias en un sinnúmero de leyes procedimentales.

El sintagma *sin previa sustanciación* no fue utilizado por el CPCN, cuyos redactores, pretendiendo hacer docencia a partir de una seudo originalidad, establecieron en su art. 238: "El recurso de reposición procederá únicamente contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable, a fin de que el tribunal que los dictó los revoque por contrario imperio".

Para entender el exacto significado de la norma, habrá que elucidar ahora qué es una *providencia simple*, ya que es la que puede ser objeto de este recurso.

Y para ello hay que retroceder en el mismo CPCN hasta el art. 160, que enseña: "Las providencias simples sólo tienden, *sin sustanciación*, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución...".

Como se ve, exactamente lo mismo. Pero con gran complicación para entender el meollo de la procedencia recursiva.

Tanto es así que la jurisprudencia nacional de todo el país que labora a base de este código distingue entre *apelación directa* y *apelación en subsidio*, sin advertir el carácter basal de la revocatoria. Insistiré sobre el tema al explicar la apelación.

A raíz de ello, por ejemplo, no se ha advertido que la providencia que admite y ordena una medida cautelar no es de mero trámite. Por lo tanto, a tenor del texto de CPCN, no cabría revocatoria salvo que lo dijere expresamente la ley. Pero si la apelación, pues así lo dispone otra norma: la contenida en el art. 198, con la salvedad de que la autoriza su procedencia en forma autónoma respecto de la revocatoria.

En Santa Fe, en cambio, y con otra redacción que en esencia dice casi lo mismo (pero no exactamente igual, lo que provoca claras diferencias sistémicas), la admisión de una cautelar se hace sin sustanciación previa y, al igual que en CPCN, también es apelable. Pero como se dicta sin sustanciación anterior, es necesaria una apelación subsidiaria de una revocatoria previa de tránsito imprescindible.

En segundo lugar, y dado que he dicho antes que la impugnación por revocatoria opera tanto como reacertamiento cuanto como recurso, resta ahora establecer la procedencia de cada una de estas vías respecto de las *resoluciones dictadas sin sustanciación previa:*

A) *La revocatoria como reacertamiento*

El supuesto precedente alcanza a las resoluciones *dictadas de oficio* o *a pedido de la misma parte que impugna*. Ejemplo claro del primer tipo son todas las que imponen sanciones procesales sin mediar pedido de parte en tal sentido; las que deniegan el despacho de cautelas procesales y, con ello, no conforman al peticionante; las providencias de mero trámite que han sido mal ordenadas, de oficio o a pedido de parte (por ejemplo: el juez abre oficiosamente la causa a prueba y aún no se contestó la demanda; el actor pide que se ordene citar de remate al deudor en juicio ordinario y, luego, dándose cuenta de su error, solicita que se confiera traslado de la demanda; etc.).

B) *La revocatoria como recurso*

El supuesto precedente alcanza ahora a las resoluciones dictadas sin sustanciación pero *a pedido de la parte contraria de aquella que impugna*. Ejemplo claro de ello es la revocatoria interpuesta por el embargado respecto de la orden de embargarlo dictada a pedido del embargante.

2.b) *Los supuestos consecuentes de la revocatoria*

Caso de ser admitida, se entiende que el juez, luego de reconsiderar la cuestión ya resuelta a raíz de la impugnación, revocará lo decidido y repondrá las cosas a su estado anterior.

2.c) *Los requisitos generales de la revocatoria*

En el caso en estudio, corresponde presentar a:

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos de la revocatoria*

El plazo para su deducción es de 3 días (art. 345) (CPCN, art. 239), puede ser presentada por escrito o en diligencia (art. 32) y, cuando opera como reacertamiento, no requiere acompañamiento de copias pero sí de firma de letrado (art. 30). Por lo contrario, cuando funciona como recurso, es necesario el acompañamiento de copias (art. 35) para el respectivo traslado, ya que debe ser sustanciado (art. 345).

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos de la revocatoria*

Siempre fundada en el acto mismo de su interposición, no importando al efecto el que funcione como reacertamiento o como recurso (arg. a contrario del art. 345, segundo párr.). En todo caso, además, debe hacer notar en qué consiste la concreta pretensión revocatoria y solicitando expresamente el contenido de la resolución que se impetra.

3) *Los juicios acerca de la revocatoria*

El mismo juez que dictó la decisión impugnada es quien interviene para emitir, sin solución de continuidad, los juicios de *admisibilidad* y de *fundabilidad* (art. 345).

4) *Los efectos de la interposición de la revocatoria*

La mera deducción de la impugnación tiene efecto *suspensivo* acerca del mandato contenido en la decisión impugnada. Sin embargo, no suspende plazo alguno para deducir el recurso de apelación (art. 347).

5) *El trámite de la revocatoria*

Ya he dicho precedentemente que, cuando la revocatoria funciona como reacertamiento, no tiene trámite alguno. Por tanto, presentado que sea el recurso, el juez debe decidir de plano (art. 345).

En cambio, cuando funciona como recurso, se impone la audiencia previa de la parte procesal que solicitó el dictado de la resolución que ahora se impugna. Por tanto, debe conferirse traslado (art. 345) a ella por un plazo igual (art. 89) al que se tuvo para deducir el recurso y, ahora, puede suceder que la decisión deba ser tomada a base de las propias constancias obrantes en el respectivo expediente (esto ocurre en la habitualidad de los casos): contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, el juez debe resolver la cuestión sin más, ya que la orden de *traslado* lleva implícito el contenido de la providencia que llama *autos para sentencia* (art. 89).

Pero cuando la solución de la revocatoria (tanto como reacertamiento cuanto como recurso) exige producir alguna prueba pues no alcanzan las constancias agregadas ya al expediente, el art. 345 establece que el juez debe otorgar a la revocatoria el trámite del juicio sumario.

La resolución que decide acerca de la revocatoria debe ser congruente y obviamente fundada (CP, 93).

6) *Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide la revocatoria*

Contra la decisión que recae sobre la revocatoria (como reacertamiento o como recurso) sólo cabe aclaratoria (art. 248). Sin embargo, contra la resolución que fue objeto de la revocatoria, caben también los recursos de apelación y nulidad deducidos en subsidio y *ad eventum* del resultado de la revocatoria (arts. 346 y 347).

7) *La denominada revocatoria in extremis*

Hace relativamente muy poco tiempo que la doctrina inauguró esta suerte de recurso que ha tenido rápida difusión y aceptación jurisprudencial y que apunta a subsanar no sólo errores materiales (cual la aclaratoria) sino también, y excepcionalmente, a errores conceptuales de juzgamiento, cuando son esenciales, groseros y evidentes y están contenidos en pronunciamiento de mérito que no admite recurso alguno o que, de admitirlo, la vía apta es de muy difícil acceso o su procedencia realmente incierta.

En realidad, es un buen aporte al servicio de justicia, máxime en estos tiempos de notable inseguridad jurídica. Y, además, es de antiquísima prosapia legislativa ya que, en el fondo, no es otra cosa que el *recurso de injusticia notoria* creado en España por el CCom, 1217. De ahí que quepa sostener su vigencia y su oportuna incorporación a la ley procesal con la denominación con la cual se lo conoce desde hace siglos.

3.2.3. LA APELACIÓN

La apelación es el recurso por excelencia y el más antiguo de que se conoce legislativamente. Siempre se vincula con aspectos puramente *subjetivos* y es el que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la injusticia de la decisión judicial que no le otorgó la razón.

1) *La naturaleza de la apelación*

Ya se ha visto precedentemente que –al igual que la revocatoria– este tipo de impugnación procede a veces como *recurso* (cuando su naturaleza exige sustanciación, por ejemplo la que se deduce contra la sentencia que pone fin al litigio) y otras como *reacertamiento* (cuando no admite sustanciación alguna, por no haber parte contraria o ser ella ajena por ahora a la impugnación).

Ejemplos del último caso se ven en la apelación contra medida disciplinaria que afecta sólo al interesado y en la apelación contra la denegación de una medida cautelar que podrá llegar a afectar al eventual cautelado, pero que aún no lo hace. Por tal razón, se hará luego la adecuada diferenciación en el texto respectivo cuando ella tenga lugar.

2) *Los presupuestos de la apelación*

Explicada ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *Los supuestos precedentes de la apelación*

Dos sistemas rigen en el continente y aparecen en los diversos códigos vigentes: uno, que establece supuestos concretos y específicos para acordar cualquiera posibilidad apelatoria. Fuera de ellas, la apelación resulta definitivamente improcedente.

Otro, cual ocurre en todos los códigos argentinos, que establecen pautas generales en las cuales debe encuadrar cada caso el juez de la admisibilidad de la apelación, a fin de conceder o denegar el recurso interpuesto.

Dentro de este sistema, cabe distinguir entre diferentes casos a partir de la idea primaria de que la apelación, en cuanto recurso, cabe sólo contra resoluciones judiciales.

Puede ser ahora que tal apelación funcione con:

A) naturaleza de *recurso*. En tal caso, como regla general sentada en el art. 346, los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

A1) una *sentencia definitiva* dictada en lo principal (la que efectivamente resuelve el litigio y constituye el objeto del proceso que la precedió) en toda clase de juicios (art. 346, 1°);

A.2) un *auto interlocutorio* (sustanciado previamente) en tanto cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego por el contenido de la sentencia definitiva que ponga efectivo fin al litigio y en tanto la ley permita su impugnación (art. 346, 2°). En esta categoría se encuentra toda resolución que pone fin al proceso sin haber resuelto el litigio, que es posible volver a empezar;

A.3) una resolución que ordene la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (art. 346, 3°) (a pedido de una de las partes y en perjuicio de la otra; p. ej.: art. 328).

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, y como casos especiales de procedencia de la apelación como recurso o porque la ley es innecesariamente reiterativa, también se presentan como supuestos precedentes algunos otros que, sin esta salvedad, no podrían ingresar en alguna de las categorías ya descritas.

Como ejemplo de ello, se mencionan casos legislados respecto de auto o sentencia que: 1) recaen sobre declinatoria e inhibitoria (art. 7); 2) impone corrección disciplinaria (art. 22 y LOPJ, 226); 3) deniega habilitación de día y hora (art. 55); 4) decide oposición a tramitación de exhorto proveniente de fuera de la provincia (art. 101); 5) declara oficiosamente en primera instancia la existencia de cosa juzgada o litispendencia (art. 141); 6) deniega la apertura a prueba de la causa (art. 145); 7) afecta a un tercero, obligándolo a exhibir compulsivamente un documento (art. 175); 8) sanciona a perito por no aceptar cargo (art. 180) y por no presentar dictamen (art. 194); 9) ordena un peritaje compulsivo en asunto que afecta al orden público (art. 196); 10) declara caduco un proceso (art. 233); 11) regula honorarios (art. 255); 12) ordena ejecución de sentencia otorgando la facultad de procurar el objeto de la obligación por un tercero (art. 264); 13) versa sobre apelación de cuentas observadas en caso de liquidación de astreintes (art. 267); 14) ordena medida precautoria (art. 284); 15) acuerda depósito de persona (art. 296); 16) resuelve arraigo (art. 331) y pobreza (art. 333); 17) deniega medida preparatoria de juicio declarativo (art. 394) y el que la despacha contra un tercero que no ha de ser parte en el litigio (art. 394); 18) ordena el sometimiento a arbitraje (art. 417); 19) declara la validez del embargo en la obligación de dar cosas (art. 456); 20) recae en juicio de desalojo (art. 523); 21) decide fijar monto provisorio de alimentos y expensas (art. 531) cuando el respectivo litigio no tramita ante tribunal colegiado de juicio oral (arts. 541 y 696); 22) decide acerca de acciones posesorias y de despojo (art. 536); 23) decide acerca de nombramiento de administrador de la herencia durante el trámite de la declaratoria de herederos (art. 594); 24) desestima la cuenta particionaria en juicio sucesorio (art. 611); 25) nombra administrador de la herencia en juicio sucesorio (art. 618); 26) recae sobre solicitud de venta de muebles de la herencia en juicio sucesorio (art. 622); 27) autoriza la venta privada de bienes de la herencia, en juicio sucesorio (art. 623); 28) declara cesante al administrador de la herencia, en juicio sucesorio (art. 625); 29) recae sobre acto de jurisdicción voluntaria (art. 668); 30) decide sobre incapacidad o cesación (art. 686); 31) decide nombramiento de tutor o curador (art. 687); 32) recae sobre autorización para contraer matrimonio (art. 691); etc.

B) naturaleza de *reacertamiento*. En tal caso, el mismo art. 346 establece que los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

B.1) una resolución dictada respecto de todo acto de jurisdicción voluntaria, pues el instar que llega a ese estadio es siempre de carácter unilateral (art. 346, 1°);

B.2) un auto interlocutorio dictado *sin previa sustanciación* (siempre que cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego mediante el contenido de la sentencia final que recaiga en cuanto a la pretensión deducida) (arts. 346, 2° y 347);

B.3) una resolución dictada oficiosamente o a pedido de la propia parte que impugna, que cause un gravamen que no pueda ser reparado por la decisión definitiva (art. 347);

B.4) una resolución que ordene oficiosamente la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (art. 346, 3°).

En los últimos tres casos, los códigos que norman sistémicamente respecto del tema establecen que siempre cabe respecto de ellos la interposición de una

revocatoria previa acompañada de una conjunta apelación en subsidio de su resolución negativa (art. 347).

Y ya he sostenido *supra*, al explicar cuáles son los *recursos basales*, que esta exigencia es sistémicamente buena porque no sobrecarga inútilmente a los tribunales de alzada y, además, porque permite que ellos ejerzan correctamente su competencia funcional (que siempre se realiza a base de los agravios que se exponen ante ella) y no cual ocurre en la añosa y errónea interpretación jurisprudencial del tema en el CPCN, 198, que tolera la interposición de una *apelación directa* sin el paso previo por el recurso de revocatoria.

2.b) *Los supuestos consecuentes de la apelación*

Caso de ser admitida, se entiende que el superior del juez que dictó la sentencia apelada la revocará, convirtiendo así en ganador al apelante hasta ahora perdedor.

2.c) *Los requisitos generales de la apelación*

En el caso en estudio, corresponde referir a:

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos de la apelación*

Sin perjuicio de lo ya dicho en el # 3.1.7.3., cabe decir que el plazo para su deducción es siempre de 5 días (art. 352) (CPCN, 244) y que puede ser presentada por escrito o en diligencia (art. 32).

En todos los casos, el apelante debe limitarse a la mera interposición del recurso, sin fundamento alguno y no requiere acompañamiento de copias (pues no hay sustanciación acerca de la interposición, art. 35) pero sí de firma de letrado (art. 30).

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos de la apelación*

Sin perjuicio de lo expresado en el # 3.1.7.3. cabe decir que, en razón de que no cabe fundarlo en el acto de la interposición, ello debe hacerse en momento posterior, el cual ocurre cuando ya ha sido admitida la impugnación, operando tanto como reacertamiento cuanto como recurso. Ya se verá cuál es ese momento al describir el trámite.

3) *Los juicios acerca de la apelación*

Este es un típico recurso de doble grado de conocimiento, de ahí que:

a) el juicio de admisibilidad lo realiza el propio juez que dictó la sentencia y ante quien se la impugna (arts. 352 y 353); y

b) el juicio de fundabilidad lo efectúa su superior jerárquico después de tramitar la impugnación (arts. 372 y ss).

4) *La admisión de la apelación*

El juicio de admisibilidad de la apelación (art. 353), tiene por objeto analizar y decidir liminarmente:

a) si la resolución impugnada puede o no ser objeto de apelación (*procedencia*) (arts. 346, 347, 348, 349);

b) si quien apela tiene legitimación sustancial y legitimación procesal y, en su caso, si tiene interés para hacerlo (*legitimación*);

c) si la apelación se interpone dentro del *plazo* (art. 352);

d) y con las formalidades exigidas para cada recurso (*formas*): es decir, si debe o no ser fundado en el acto de la presentación, si debe constar por escrito o en simple diligencia verbal, si debe o no tener copia de la actuación, si debe contar o no con firma de letrado, etc.

Estos son los temas (ver también # 3.1.1.2) que debe meritar el juez inferior (*a quo*) para admitir o conceder el recurso ante su superior (*ad quem*). También se ha dicho que debe otorgarle un efecto.

5) *El procedimiento de la apelación*

5.1). *Los modos de tramitar un recurso*

Aunque la mayoría de los recursos previstos en las leyes locales tienen un trámite único, es común ver en los códigos procesales que la apelación, por ejemplo, puede ser objeto de trámites diferentes.

Esta distinción origina los *modos* de tramitación, conocidos desde siempre como *modo libre* (arts. 363 y ss.) y *modo en relación* (arts. 377 y ss.).

La significación de ambos términos es simplemente histórica y no puede ser comprendida fuera del contexto legal de la época. El generalizado desconocimiento del tema en cuestión ha originado un cúmulo de pronunciamientos exóticos que pontifican sobre consecuencias procesales que nada tienen que ver con las legislaciones concretas que se ocupan del asunto.

Veamos: parece claro que en una monarquía absolutista cual la española, el soberano era el Rey, cuyo origen divino lo convertía en la fuente y la personificación de todo el poder (lo mismo ocurría en la Roma imperial, donde los autores ven el más remoto antecedente del caso). De ahí que no sólo le correspondía dictar la ley y hacerla cumplir, sino también impartir justicia (sancionar el incumplimiento de la ley) en cada caso particular.

Como el Rey no podía ocuparse materialmente de conocer en persona todos los casos justiciables, debió delegar tal actividad en funcionarios inferio-

res –jueces– que administraban justicia en su real nombre. Pero, como es obvio, reservaba para si la última palabra y, por ende, la sentencia final que resolvería el litigio.

Situemos ahora el ejemplo en la época colonial: las demandas en primer grado de conocimiento (primera instancia) eran presentadas ante el juez que allí actuaba. Las apelaciones contra sus sentencias tramitaban (en segunda instancia) ante las Audiencias (literalmente, *lugar donde se escucha*) integradas por jueces conocidos con la denominación de *oidores* (literalmente, *los que oyen*).

Ante ellos actuaba un funcionario identificado como *relator* que se concretaba a relatar (de ahí su designación) verbalmente a los oidores lo ocurrido en cada asunto llegado a su conocimiento (para lo cual había leído y estudiado todas las actuaciones llegadas a él).

Imaginemos ahora un acto celebrado en tales condiciones: tres oidores escuchan el relato de un relator mediante el cual toman conocimiento del litigio presentado para ser decidido por ellos y fallan de inmediato. A tan sencillo procedimiento se le dio el nombre de *trámite en relación*.

Ya se han visto en las Lecciones 6 y 25 las diferencias esenciales existentes entre las diversas sentencias susceptibles de ser dictadas escalonadamente en un mismo asunto judicial.

Recuerdo ahora que la materia sobre la cual versa el pronunciamiento del primer grado de conocimiento *es todo el litigio*, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos. La del segundo grado, en cambio, versa exclusivamente acerca de *los agravios* que el primer pronunciamiento ha producido al apelante (insisto: en el segundo grado no se juzga acerca del litigio sino acerca de cómo falló ese litigio el juez inferior y sólo en función de lo que al respecto ha dicho el agraviado).

Pues bien: si por cualquiera razón procedía una nueva apelación, ahora ante el propio Rey –paradójicamente no sujeto, como soberano, a leyes procedimentales dictadas por él mismo– no había relatores que relataran agravios que él escuchase. Antes bien, *el juicio tramitaba de nuevo*. A este procedimiento se le dio la denominación de *modo libre*.

Cuando las leyes posthispánicas mantuvieron –inexplicable e inútilmente– la distinción entre modo libre y modo en relación, la doctrina insistió hasta el hartazgo en que la apelación tramitada en el modo libre no importaba un juicio *ex novo*, lo cual fue aceptado por la jurisprudencia mayoritaria.

Hoy ya no cabe mantener esa diferencia de trámite, máxime cuando las leyes que se ocupan del tema regulan en forma similar ambos modos: a los dos

ya mencionados el CPC SFE le asigna la misma secuencia procedimental, sólo que con plazos más reducidos en el modo en relación que en el modo libre.

5.2) *Los trámites de la apelación*

Hechas estas aclaraciones previas, veamos ahora cómo se tramita este recurso de doble grado de conocimiento, en tanto se interpone ante un juez (que es quien lo admite) y se resuelve por otro, de clara naturaleza de control.

5.2.1) *Trámite ante el juez cuya sentencia se apela*

Ante él se interpone y a él cabe expedirse acerca de la admisibilidad del recurso (arts. 352 y 353) mediante providencia que no admite la deducción de revocatoria ni de apelación (art. 355).

Si lo declara admisible (lo *concede ante el superior)* ordena y materializa la elevación del respectivo expediente.

En cambio, si lo deniega, el trámite se termina y nace para el apelante frustrado la posibilidad de deducir una *queja por apelación denegada* (art. 356), que se verá *infra*.

Ya se sabe que, al concederlo, debe establecer el *modo* que se utilizará para el trámite (en aquellos códigos que admiten más de uno) y el *efecto* (suspensivo o no suspensivo) que tendrá la admisión en tanto dure la respectiva tramitación (art. 351).

En ambos casos concluye definitivamente (art. 248) la competencia funcional del juez inferior y no debe continuar interviniendo acerca el tema litigioso ya fallado. En cambio, puede continuar haciéndolo en cuanto a lo que se relacione con cautelas procesales, regulaciones de honorarios, incidentes pendientes que tramitan por separado, etc.

5.2.2) *Trámite ante el superior del juez cuya sentencia se apela*

Llegado el expediente a la alzada y luego de ser notificada y consentida la integración del Tribunal, se ordena conferir traslado al apelante para que exprese agravios (art. 364)[5] en el plazo que la ley fije al efecto (10 días en el

5 Esto no ocurre en el CPCN respecto de los recursos concedidos sin efecto diferido, en razón de que el art. 246 ordena que "Cuando procediere la apelación en relación sin efecto diferido, el apelante deberá fundar el recurso dentro de los cinco días de notificada (automáticamente) la providencia que lo acuerde. Del escrito que presente se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. Si el apelante no presentare el memorial, el juez de primera instancia declarará desierto el recurso...". La norma transcrita es jurídicamente inexplicable, máxime cuando el art. 245, inmediatamente antes de la norma recién transcrita, indica que "El recurso de apelación se interpondrá por escrito o verbalmente. ...*El apelante debe-*

modo libre, art. 364 y 5 días en el modo en relación, art. 378) y con el apercibimiento de declarar desierto el recurso en caso de no hacerlo tempestivamente (art. 364) (ver la Lección # 22).

Si el recurso no se fundamenta con la presentación de los agravios (art. 365), el tribunal ha de aplicar el apercibimiento señalado y, en consecuencia, declarará desierto el recurso, con lo que la instancia termina, quedando automáticamente firme y ejecutoriada la sentencia apelada[6].

Por lo contrario, si se fundamenta adecuadamente mediante la tempestiva presentación de la correspondiente expresión de agravios, cabe ahora conferir traslado de ella al apelado por un plazo similar y con el simple apercibimiento de perder la chance de ser oído al respecto (arts. 366 y 379) (CPCN, 267).

Sin perjuicio de ello, el art. 367 admite que el apelado pueda convertirse en *apelante adhesivo* al tiempo de responder los agravios, en cuyo caso ha de expresar los propios, de los que debe correrse traslado a la contraria (arts. 367 y 379).

En los mismos escritos de expresión de agravios y de contestación a ellos, ambas partes pueden pedir la apertura a prueba de la causa si se dan los excepcionales casos previstos en el art. 369. De ocurrir ello y luego de producir los

rá limitarse a la mera interposición del recurso y si esta regla fuere infringida se mandará a devolver el escrito, previa anotación que el secretario o el oficial primero pondrá en el expediente..." Esta norma es de antigua raigambre jurídica, cual lo he explicado antes, y trata de evitar que el juez apelado se entere ya mismo del contenido de los agravios que su sentencia ocasiona al perdedor. De ahí la notable incoherencia que existe entre el amenazar con la devolución del escrito si se funda en el acto mismo de interponerse y la exigencia de hacerlo cinco días después ante el mismo juez. ¿Se habrá legislado así, a contrapelo de la historia, para posibilitar una mayor comodidad de quienes llevan el trámite en la alzada, aun a riesgo de sobrecargar con mayores labores al inferior ya atosigado con tanta cosa que debe hacer?

6 En algunos códigos, la misma solución se da al supuesto de expresar agravios, pero deficientemente (CPCN, 265: "El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores...". A su turno, el art. 266 dice: "Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciere en la forma prescrita en el artículo anterior, el tribunal declarará desierto el recurso señalando, en su caso, cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento que no han sido eficazmente rebatidas"). En el mismo supuesto, otras leyes autorizan al juez superior para que, al sentenciar, tenga al apelante por conforme con las cuestiones de hecho contenidas en la sentencia apelada. Con lo cual queda incólume el control acerca del derecho aplicado a tales hechos (ver art. 365: "La expresión de agravios debe indicar concretamente los puntos de la sentencia con los que el recurrente está disconforme, so pena que la omisión de este requisito pueda ser tomada por el tribunal, al decidir la causa, *como conformidad con las afirmaciones de hecho contenidas en aquélla*").

medios del caso, se abre una nueva etapa para alegar sobre su mérito (art. 372; el plazo es de 6 días en el modo libre y de 3 días en el modo en relación, art. 380). Como se ve, todo el trámite de segundo grado de conocimiento importa un nuevo proceso igual en sus pasos al anterior: hay una etapa de afirmación (la expresión de agravios), una de negación (la respuesta a los agravios), una de confirmación y una de evaluación sobre el mérito confirmatorio de los medios aportados.

Cosa igual ocurrirá, en un tercer grado de conocimiento que, si es de carácter extraordinario, ya no admitirá las etapas confirmatoria y alegatoria. Pero sí las otras dos.

La instancia termina, como siempre, con el llamamiento de autos.

Finalmente, todo este trámite que es común en casi todos los códigos actuales que siguen el modelo español, no se presenta en el CPCN y los que lo han adoptado, en el caso de que la apelación se haya presentado en subsidio de una revocatoria. Y hago esta mención porque la solución legal que se halla contenida en su art. 248 no sólo es asistémica sino que violenta y severamente el derecho de defensa en juicio y entorpece el normal funcionamiento de la competencia funcional de cualquier alzada.

Veamos: la norma mencionada dice que "cuando el recurso de apelación se hubiese interpuesto subsidiariamente con el de reposición, *no se admitirá escrito alguno para fundar la apelación*". Esto es incomprensible y representa el triunfo de quienes privilegian el valor *celeridad* respecto del valor *seguridad jurídica*. Innecesariamente, ya que la lesión al derecho de defensa es mucho más importante que el ahorro del mínimo tiempo que puede durar una tramitación en la alzada con traslados de días.

Adviértase que una revocatoria se motiva para lograr su acogimiento por el juez mediante la crítica de su pensamiento fundante de la resolución impugnada.

Adviértase también que las motivaciones del recurso deben ser contestadas con argumentos razonados del juez que, en esta ocasión, puede introducir cualquiera cuestión no tenida en cuenta al momento de emitir la decisión original sujeta a la revocatoria.

De donde resulta que si la apelación subsidiaria deducida conjuntamente con la reposición es fundada en la alzada, es asaz claro que la crítica contenida en la respectiva expresión de agravios deberá versar sobre las motivaciones del juez para rechazar la revocatoria, pretendiéndose así la reforma del decreto original.

Empero, si de acuerdo con el CPCN, este escrito no es admisible pues se tiene por suficiente fundamento de la apelación el presentado para sostener la revocatoria, se ve que se lesiona el derecho de defensa del impugnante pues carece de ocasión de criticar lo que debe ser el inequívoco blanco de sus argumentos.

Es éste otro pírrico triunfo del decisionismo judicial.

5.3) *La resolución que decide la apelación y las impugnaciones que proceden contra ella*

El juicio de fundabilidad dictado en segundo grado ordinario pone fin definitivo al pleito y, salvo supuesto de impugnación admisible (siempre la aclaratoria y, en ciertos casos, impugnaciones de carácter extraordinario) produce, a partir del vencimiento de los plazos respectivos, los efectos de *ejecutoria* (el mandato judicial puede ser ya ejecutado sin más) y de *caso juzgado* (el mandato judicial no puede ser impugnado salvo caso excepcional y por la vía de demanda judicial y no puede ser ignorado, desconocido o contrariado por juez alguno).

Ese juicio de fundabilidad se emite en una sentencia (dictada por el tribunal de control o de segundo grado) que debe tener requisitos particulares; además de ser fundada y congruente (ver la Lección 25) debe versar exclusivamente acerca de lo que constituye el litigio en segunda instancia, y que no es otra cosa que los agravios vertidos por el apelante en el escrito respectivo.

Además, y en homenaje a la celeridad, hay códigos que prevén contenidos adicionales de la sentencia, cual lo hace el art. 246.

Esta sentencia definitiva en instancia ordinaria sólo puede ser impugnada por vía de aclaratoria y por el o los recursos extraordinarios que admita una normativa dada.

3.2.4. LA NULIDAD

La impugnación por nulidad es tan antigua como la de la apelación y, a diferencia de ella, siempre se vincula con aspectos puramente *objetivos*. Además, es la que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la *ilegitimidad* de la decisión judicial que no le otorgó la razón o la del procedimiento previo a su emisión.

1) *La naturaleza de la nulidad*

Ya se ha visto precedentemente que –al igual que la revocatoria y la apelación– este tipo de impugnación procede a veces como *recurso* (o sea, *acción procesal*, cuando su naturaleza exige sustanciación, por ejemplo la que se deduce contra la sentencia que pone fin al litigio) y otras como instancia de *reacertamiento* (cuando no admite sustanciación alguna, por no haber parte contraria o ser ella ajena por ahora a la impugnación. Ejemplos de ambos casos se ven en la nulidad entablada contra medida disciplinaria que afecta sólo al interesado y en la deducida contra la denegación de una medida cautelar que podrá llegar a afectar al eventual cautelado, pero que aún no lo hace).

Por tal razón, se hará luego la adecuada diferenciación cuando ella tenga lugar en el texto respectivo.

2) *Los presupuestos de la nulidad*

Explicada ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *Los supuestos precedentes de la nulidad*

En principio, casi todas las leyes procedimentales establecen que la nulidad (no importa por ahora si como recurso o como reacertamiento) procede en los mismos exactos casos que la apelación (arts. 360 y 361); por tanto, aparentemente los supuestos precedentes son los mismos. Así lo dice en forma expresa, por ejemplo, el art. 361.

Y ya expliqué *supra* que, a tales efectos, existen dos sistemas que aparecen en los diversos códigos vigentes: 1) uno que establece supuestos concretos y específicos para acordar cualquiera posibilidad apelatoria: fuera de ellas, ambas impugnaciones (apelación y nulidad) resultan definitivamente improcedentes; y 2) otro, cual ocurre en CPC SFE, que establece pautas generales en las cuales debe encuadrar cada impugnación el juez de su admisibilidad a fin de conceder o denegar la interpuesta.

Dentro de este sistema, y respecto de este tipo concreto de impugnación, también se debe partir de la idea primaria de que, al igual que la apelación, el recurso de la nulidad sólo cabe contra resoluciones judiciales.

Pero para la específica impugnación de nulidad, la idea se amplía: en tanto la apelación se vincula con afirmado vicio de *injusticia* y, por ende, sólo se puede atacar por tal vía *la decisión acerca del litigio concreto, principal, accidental* o *incidental* (y no otra cosa), la nulidad se relaciona con afirmado vicio de *ilegitimidad*: y tal adjetivación puede aparecer no sólo en la *propia resolución impugnada*, sino también, y como ya lo adelanté, en el *procedimiento cumplido en forma previa a ella*, por violación del derecho de defensa de la parte afectada.

Puede ser ahora que tal nulidad funcione con:

A) naturaleza de *recurso*. En tal caso, los arts. 346 y 361 establecen los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

A.1) una *sentencia definitiva* dictada en lo principal (la que efectivamente resuelve el litigio y constituye el objeto del proceso que la precedió) en toda clase de juicios (art. 346, 1°);

A.2) un *auto interlocutorio* (sustanciado previamente) en tanto causa un perjuicio tal que no puede ser reparado luego por el contenido de la sentencia

definitiva que ponga efectivo fin al litigio y en tanto la ley permita su impugnación (art. 346, 2°). En esta categoría se encuentra toda resolución que da por concluida la discusión de un litigio incidental o accidental pero que deja subsistente el principal;

A.3) una resolución que ordena la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (a pedido de una de las partes y en perjuicio de la otra) (art. 346, 3°) (por ejemplo, art. 328).

Pero atención, todos los casos *supra* reseñados son supuestos precedentes del recurso de nulidad en tanto las respectivas resoluciones se hayan pronunciado en las condiciones establecidas en el art. 360: "con violación y omisión de las formas prescritas bajo esa penalidad o que asuman carácter sustancial".

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, y como casos especiales de procedencia de la nulidad como recurso o porque la ley es innecesariamente reiterativa, también se presentan como supuestos precedentes algunos otros que, sin esta salvedad, no podrían ingresar en alguna de las categorías ya descritas.

B) naturaleza de *reacertamiento*. En tal caso (art. 346, en armonía con el art. 360), los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

B.1) una resolución dictada respecto de todo acto de jurisdicción voluntaria, pues el instar que llega a ese estadio es siempre de carácter unilateral (art. 346, 1°);

B.2) un auto interlocutorio dictado *sin previa sustanciación* (siempre que cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego mediante el contenido de la sentencia final que recaiga en cuanto a la pretensión deducida) (art. 346, 2°);

B.3) una resolución dictada oficiosamente o a pedido de la propia parte que impugna, que cause un gravamen que no pueda ser reparado por la decisión definitiva (art. 346, 2°);

B.4) una resolución que ordena oficiosamente la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (art. 346, 3°).

2.b) *Los supuestos consecuentes de la nulidad*

El tema será explicado luego, al tratar el contenido de la sentencia en la cual se realiza el juicio de fundabilidad.

2.c) *Los requisitos generales de la nulidad*

En el caso en estudio, corresponde referir a:

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos de la nulidad*

Sin perjuicio de lo dicho en el # 3.1.7.3.1., cabe decir ahora que el plazo para su deducción es de 5 días (art. 352) (CPCN, 244). Además, que la nulidad puede ser presentada por escrito o en diligencia (art. 32).

Como en todos los casos, el apelante debe limitarse a la mera interposición del recurso, sin fundamento alguno, no requiere acompañamiento de copias (pues la interposición carece de sustanciación) pero sí de firma de letrado (art. 30).

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos de la nulidad*

Sin perjuicio de lo dicho en el # 3.1.7.3.2., cabe decir ahora que, ya que no admite fundamento alguno en el acto mismo de su interposición, ello debe hacerse en momento posterior, y tal cosa ocurre cuando ya ha sido admitida la impugnación, operando tanto como reacertamiento cuanto como recurso (art. 365).

Ya se verá cuál es ese momento al describir el trámite.

3) *El trámite de la nulidad*

Es el mismo que el de la apelación. Por tanto, rige para el caso todo lo explicado en el # 3.2.3.5.2

4) *La resolución que decide la nulidad y las impugnaciones que proceden contra ella*

El juicio de fundabilidad dictado en segundo grado ordinario respecto de este tipo de impugnación puede declarar:

a) la *improcedencia* de la pretensión nulificante, en cuyo caso el respectivo pronunciamiento pone fin definitivo al pleito y, salvo supuesto de impugnación admisible (siempre la aclaratoria y, en ciertos casos, impugnaciones de carácter extraordinario) produce, a partir del vencimiento de los plazos respectivos, los efectos de *ejecutoria* (el mandato judicial puede ser ya ejecutado sin más) y de *caso juzgado* (el mandato judicial no puede ser impugnado salvo caso excepcional y por la vía de *demanda judicial* y no puede ser ignorado, desconocido o contrariado por juez alguno);

b) la *procedencia* de la pretensión nulificante, en cuyo caso el tribunal que emitió el respectivo pronunciamiento debe actuar una de las posibles alternativas que siempre establece la ley sobre el punto:

b.1) si se trata de *vicio contenido en el procedimiento* (y no en la propia sentencia), por haber existido en la especie una violación al derecho de defensa del impugnante, cabe anular o casar la sentencia impugnada y ordenar el reenvío de la causa a la sede inferior para que el subrogante legal del juez cuya sentencia se anuló, vuelva a tramitar la causa a partir del último acto procedimental declarado válido por el superior y, oportunamente, dicte nueva sentencia luego de haber otorgado la completa audiencia que el impugnante no tuvo hasta el momento (art. 362);

b.2) si se trata de *vicio contenido en la propia sentencia*, por no respetar las

formas exigidas legalmente (por ejemplo, art. 244) para su dictado o por exhibir *vicio de incongruencia* (art. 362) cabe anular o casar la sentencia impugnada y

b.2.1) ordenar el *reenvío* de la causa a la sede inferior para que el subrogante legal del juez cuya sentencia se anuló, emita nueva sentencia en condiciones de regularidad; o

b.2.2) dictar la sentencia definitiva que ponga fin al litigio, cosa que puede hacer siempre que el procedimiento previo a ella no haya tenido vicio de inaudiencia.

Como se ve, dos soluciones antagónicas (ambas en el art. 362) han coexistido en el tiempo y todavía producen serias cavilaciones a los juristas, mostrando otra vez la clara y antigua tensión que existe entre *seguridad* y *celeridad*.

Para quienes privilegian el valor seguridad –hoy, los menos y yo entre ellos– parece imprescindible el reenvío a sede inferior en todos los casos, en razón de que si es el mismo tribunal superior el que dicta sentencia de segunda (o, a veces, de primera) instancia en la causa litigiosa, su resultado queda sin posibilidad alguna de control ordinario posterior. Reconozco que con ella se gana, y mucho, en celeridad y, por cierto, en economía. Pero ¿y la seguridad, que tanta falta nos hace hoy a los latinoamericanos en general, huérfanos desde hace mucho tiempo de justicia seria y expedita?

Para quienes privilegian el valor celeridad –hoy, los más– resulta obvio que el reenvío debe ser eliminado y, así, posibilitar la emisión de la decisión final de la causa por el propio tribunal superior, aunque con ello se pretermitan instancias inferiores.

Al legislar el recurso de revisión en el CPC Mendoza, Podetti insertó en su texto valiosa nota, que transcribo por su seriedad, aunque no comparta la solución adoptada: "Siempre se ha sostenido que los principios teóricos deben servir de base, pero no de obstáculo a las soluciones prácticas. Tal el caso del concepto teórico de que las supremas cortes de justicia deben ser exclusivamente *tribunal de derecho*, de tal modo que sólo pueden pronunciarse revocando, anulando o casando (*iudicium rescindens*), pero no *tribunal de los hechos*, de manera que no podría pronunciarse sobre el fondo del litigio, reemplazando o sustituyendo a la sentencia (*iudicium rescissorium*). Tal criterio dilata innecesariamente la solución de los litigios y dificulta la interpretación de la doctrina de la Corte, ya que ésta no hace aplicación práctica de la misma al derecho vivo, que es el derecho del caso (la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, en la teoría egológica del derecho) Por eso, siguiendo la tradición de nuestra Corte

nacional y lo dispuesto en el art. 400 del código derogado, se establece que pronunciado el *iudicium rescindens*, se producirá sin solución de continuidad, la avocación, extendiéndose la competencia del tribunal a los hechos y, haciéndolo, se erigirá en el caso como tribunal de instancia para fallar definitivamente el litigio".

Finalmente, al igual que lo que ocurre en el caso de la apelación, el juicio de fundabilidad se emite en una sentencia que debe tener requisitos particulares; además de ser fundada y congruente (ver la Lección 25) debe versar exclusivamente acerca de lo que constituye el litigio en segunda instancia, y que no es otra cosa que los agravios vertidos por el apelante en el escrito respectivo.

Reiterando idea ya expuesta, esta sentencia definitiva en instancia ordinaria sólo puede ser impugnada por vía de aclaratoria y por el o los recursos extraordinarios que admita una normativa dada.

3.2.5. EL DIRECTO

Llamado desde siempre *recurso directo*, o *recurso de hecho*, o *recurso auxiliar* o *recurso de fuerza*, o *queja por recurso denegado* o, cual lo hace alguna doctrina, *recurso de queja por apelación denegada*, es un tipo de *impugnación auxiliar* mediante el cual el impugnante ocurre *directamente* ante el superior del juez que denegó por inadmisible un recurso de doble grado de conocimiento, pretendiendo que emita un juicio favorable de admisibilidad y que, a consecuencia de ello, ordene la inmediata elevación del respectivo expediente.

1) *La naturaleza del "recurso directo"*

Analizando su concepto y los supuestos específicos de procedencia que a su respecto marcan todas las leyes que lo consagran, resulta obvio que este "recurso" no tiene la naturaleza de *acción procesal*, por lo que no puede ser considerado *recurso*, sino como un verdadero *reacertamiento*. Y como tal, no es sustanciable, es de naturaleza claramente administrativa y, además y a consecuencia de ello, la resolución que recaiga sobre él no ganará jamás el efecto propio del caso juzgado. Tanto es así que, acogido un "recurso directo" y abierta por ejemplo una apelación a favor del apelante a su solo pedido, nada obsta a que la parte apelada pueda plantear exitosamente, en su momento y ante el tribunal de control, la pretensión de que ha sido mal acogida la apertura de la instancia de grado superior (art. 355).

2) *Los presupuestos del "recurso directo"*

Explicada *supra* la significación de este tema en el # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *El supuesto precedente del "recurso directo"*

El supuesto previo de este tipo impugnativo es siempre *una resolución judicial que contiene la denegación por inadmisible de cualquiera impugnación de doble grado de conocimiento* (apelación, nulidad y todos los recursos extraordinarios) presentada por el impugnante contra resolución respecto de la cual procede legalmente el recurso interpuesto.

2.b) *El supuesto consecuente del "recurso directo"*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, caso de ser admitido, se entiende que el juez superior o de control abrirá la instancia de grado que fuera denegada en su momento por el inferior. A consecuencia de ella, ordenará la inmediata elevación a su sede del respectivo expediente y, una vez llegado a ella, procederá a tramitar normalmente la impugnación de que se trate (apelación, nulidad o cualquier recurso extraordinario) (art. 356) (CPCN, 282 y 285).

2.c) *Los requisitos generales del "recurso directo"*

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso directo"*

Sin perjuicio de lo explicado en el # 3.1.7.3., cabe decir que el plazo para su deducción es de 3 días si el superior reside en el lugar el juicio y de 10 días en caso contrario (art. 356) (es de 5 días en CPCN, 282), que debe ser presentado por escrito (imposible hacerlo en diligencia dada la cantidad de documentos que hay que acompañar a la interposición) y que requiere firma de letrado (art. 30).

Además, y para justificar la admisibilidad recursiva que se procura, el interesado debe presentar conjuntamente con su escrito de interposición (art. 356) las siguientes copias: 1) de la resolución apelada y de su notificación; 2) del escrito de apelación y de su cargo y 3) del auto denegatorio del recurso interpuesto y de su notificación.

Si bien se mira, todos son documentos esenciales para que el superior pueda controlar adecuadamente la legitimidad de la denegación por el inferior.

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso directo"*

Sin perjuicio de lo explicado en el # 3.1.7.3., cabe decir que debe ser fundado en el acto mismo de presentación, con clara relación autosuficiente de los hechos acaecidos en la sede inferior y demostración razonada del error de juicio cometido por el juez al denegar la apelación.

3) *El trámite del "recurso directo"*

No tiene trámite alguno. Por eso es que, apenas hecha la presentación, pasa a resolución del tribunal respectivo (art. 358).

4) *Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso directo"*

En la especie cabe distinguir entre dos supuestos diferentes: si el superior

4.1) *acoge el recurso directo* y, por ende, admite la apelación oportunamente denegada, la parte contraria puede plantear en su momento la incorrecta admisión y pretender que se dicte nueva decisión denegatoria (art. 355). Y esto es así toda vez que el apelado no fue oído en el recurso directo, precisamente, por carencia de sustanciación;

4.2) *rechaza el recurso directo*, la respectiva decisión es *sentencia definitiva* a los fines de la admisibilidad de un recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

3.2.6. EL ATENTADO

Este medio de impugnación, también denominado "recurso de innovación", se encuentra legislado en el CPC de Tucumán (arts. 44 a 47), donde opera para impedir cualquiera actuación judicial que avance en un procedimiento cuando la respectiva actividad no puede ser realizada por estar pendiente de solución alguna pretensión incidental o recursiva que paraliza el curso de la serie procesal.

Si bien se mira, es una impugnación directa que hace una suerte de contrapeso a cualquiera queja y que, como tal, participa de su naturaleza de reacertamiento. Y es que en tanto la queja procede directamente cuando el juez *no hace algo debiendo hacerlo* (retardo de justicia) o *lo hace, pero mal* a juicio del impugnante (apelación denegada), el atentado procede cuando el juez *hace algo no pudiendo hacerlo,* para que cese de inmediato en su actividad.

Si bien se mira, por esta vía se consagra legalmente un trámite ágil y expeditivo para lograr el resultado esperado de suspender la actuación judicial extemporánea, ya que su deducción suple a la interposición de una revocatoria con apelación en subsidio y sus respectivas tramitaciones, con notable ahorro de todo el tiempo que ello puede insumir.

Veamos ahora algunos de los temas relativos al atentado: a) su naturaleza; b) sus presupuestos (supuestos precedentes y consecuentes y requisitos actuales); c) su trámite y d) las impugnaciones que se admiten contra la resolución respectiva.

1) *La naturaleza del "recurso de atentado"*

Aunque su denominación de *recurso* parece razonable, toda vez que siempre se impugna por esta vía una resolución judicial, he afirmado *supra* su natu-

raleza de reacertamiento pues la ley no prevé sustanciación alguna luego de su interposición.

2) *Los presupuestos del "recurso de atentado"*

Explicada *supra* la significación de este tema en # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *El supuesto precedente del "recurso de atentado"*

El supuesto previo de este tipo impugnativo consiste siempre en una *resolución judicial que ordena realizar actuaciones procesales no obstante estar suspendido el procedimiento* por estar pendiente:

A) la tramitación de una apelación (recurso o reacertamiento) concedida con efecto suspensivo;

B) la resolución de una recusación o de un planteo de incompetencia (declinatoria o inhibitoria);

C) cualquier incidente cuya tramitación suspende el procedimiento.

2.b) *El supuesto consecuente del "recurso de atentado"*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, caso de ser admitida, se entiende que el tribunal ordenará la suspensión de los procedimientos llevados adelante indebidamente, haciendo respetar con ello la detención del trámite previsto en la ley.

2.c) *Los requisitos generales del "recurso de atentado"*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde referir a:

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso de atentado"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es harto breve (tres días), que debe ser presentado por escrito directamente ante el superior del juez que atentó y que no requiere acompañamiento de copias (pues carece de sustanciación) pero sí de firma de letrado.

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso de atentado"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que debe ser adecuadamente fundado, con clara expresión de las circunstancias que lo originan:

a) la existencia de un estado de pendencia que no admite la actuación judicial contra la cual se reclama; y de

b) una actuación judicial perjudicial a los intereses del impugnante que es improcedente en razón de que vulnera la suspensión del procedimiento.

3) *El trámite del "recurso de atentado"*

Admitida la impugnación, el superior ordena al juez inferior que expida un informe sobre los fundamentos de su accionar y le ordena no innovar durante la tramitación en curso. Vencido el plazo, que puede acortarse dadas las particulares circunstancias del caso, el superior resuelve con la urgencia necesaria, efectuando la declaración que la naturaleza de lo actuado requiera y estableciendo la indemnización y/o corrección disciplinaria que el juez inferior merezca. Además, se le imponen personalmente las costas causadas por la impugnación acogida.

4) *Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de atentado"*

Caso de que el superior deniegue o rechace la impugnación, siempre cabe al impugnante la posibilidad de interponer la revocatoria del caso.

3.2.7. LA RESCISIÓN

Este antiguo medio de impugnación se encuentra legislado actualmente como tal en pocos códigos, cual el de SFE: normado dentro del capítulo correspondiente a la *rebeldía* (arts. 76 y ss.), aparece como remedio para lograr la declaración de nulidad de una sentencia dictada sin audiencia previa de quien ha sido declarado rebelde y, también, para interrumpir el procedimiento anterior a la sentencia cuando se ha cumplido en circunstancias que no han posibilitado el ejercicio de un adecuado derecho de defensa (arts. 83 y ss.).

1) *La naturaleza del "recurso de rescisión"*

He puesto el título entre comillas pues no tiene propiamente una naturaleza de *recurso* (adviértase que no sólo cabe *contra una resolución judicial,* cual ocurre con todos los recursos) sino también *contra el procedimiento* que se cumple en tránsito hacia ella; y tampoco ostenta la naturaleza de *reacertamiento,* cual lo he apuntado respecto de la aclaratoria y, a veces, de la revocatoria, de la apelación y de la nulidad.

Se trata, entonces, de una verdadera demanda de nulidad (de *rescisión*) mediante la cual el impugnante pretende dejar sin efecto una sentencia o interrumpir un procedimiento.

Y dentro de esa categoría de demanda, cabe acotar que es de naturaleza

incidental (no *principal*), lo que explica que el juez competente para entender de ella sea el mismo cuya sentencia o procedimiento se impugna (art. 5, 9°).

Eso le otorga la jerarquía de instancia de *acción procesal*, por lo cual su trámite tendrá que ser necesariamente bilateral.

2) *Los presupuestos del "recurso de rescisión"*

2.a) *El supuesto precedente del "recurso de rescisión"*

Este supuesto se presenta cuando se sigue un procedimiento o se ha dictado una sentencia contra un demandado rebelde que, por fuerza mayor o por no haber tenido conocimiento del pleito, no pudo comparecer al proceso (art. 84) en el cual se le demandó a base de una pretensión declarativa cuya sentencia pueda adquirir efecto de caso juzgado material (art. 86).

2.b) *Los supuestos consecuentes del "recurso de rescisión"*

Cualquiera sea el objeto de esta impugnación, se suspende la eventual ejecución de la sentencia dictada (art. 85) o a dictarse por todo el tiempo que demande su tramitación y, caso de prosperar, se anula (o rescinde): 1) el procedimiento cumplido a partir del emplazamiento previo a comparecer al juicio, o 2) la sentencia y el procedimiento realizado en forma previa a ella, a partir también del acto de emplazamiento.

En ambos casos se ordena la nueva y regular tramitación del litigio.

2.c) *Los requisitos generales del "recurso de rescisión"*

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso de rescisión"*

A lo ya ha explicado en el # 3.1.7.3. corresponde agregar que: 1) el impugnante debe ser un demandado *rebelde* declarado judicialmente como tal; 2) la deducción de la impugnación debe ser hecha en cualquier estado del juicio antes de la sentencia (cuando ataca el procedimiento) o hasta seis meses después de ella (cuando se impugna la propia sentencia) (art. 84, 2°); 3) la presentación debe cumplir con la vigencia de los requisitos extrínsecos propios de toda demanda (ver la Lección 17).

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso de rescisión"*

Sin perjuicio de lo ya explicado en el # 3.1.7.3., cabe decir que, en la fundamentación de la impugnación, hay que afirmar necesariamente (y, llegado el caso, confirmar en forma convictiva para el juez) que: 1) ha mediado en la especie nulidad del emplazamiento previo, a raíz del cual no se ha podido tener conocimiento del pleito; 2) no se pudo comparecer al pleito por fuerza mayor; 3) desde la cesación de la fuerza mayor o desde la noticia del pleito hasta la instauración de la impugnación, no ha transcurrido un plazo mayor al del máximo del término legal

de emplazamiento que corresponda al caso y treinta días más (art. 84). Cosa que, por cierto, hay que demostrar.

3) *El trámite del "recurso de rescisión"*

Ya he dicho precedentemente que la rescisión es una verdadera demanda que, como tal, debe tramitar en pieza separada y por la vía del juicio sumario (art. 85).

4) *Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de rescisión"*

Dado el carácter de *proceso incidental* que muestra la rescisión, la sentencia que recaiga sobre la respectiva pretensión es susceptible de ser impugnada por la vía de los recursos de apelación y nulidad.

3.2.8. LA REVISIÓN

Este tipo impugnativo se encuentra habitualmente legislado en los códigos procesales penales y, a veces, en los civiles, cual ocurre en el caso del CPC MEN, que adopto como patrón para presentar su explicación.

En general, sirve para atacar sentencias definitivas en excepcionales casos previstos por cada ley en particular.

1) *La naturaleza del "recurso de revisión"*

He puesto el título entre comillas pues no tiene propiamente una naturaleza de *recurso* (adviértase que sólo cabe *contra una resolución judicial* (cual ocurre con todos los recursos) pero que ostenta *carácter definitivo* y con efecto de *caso juzgado material.*

Al igual que ocurre con la rescisión, esta impugnación es una verdadera *demanda* (*principal* en algunos códigos y, a veces, *incidental* en otros) que, como tal, debe tramitar por la vía del juicio sumario o la del sumarísimo, según se determine en el código respectivo.

2) *Los presupuestos del "recurso de revisión"*

Explicada *supra* la significación de este tema en el # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *Los supuestos precedentes del "recurso de revisión"*

El supuesto general es siempre *una resolución judicial firme* que ha producido agravios no reparables por otra vía judicial en el mismo proceso en el cual se dictó.

Los casos justiciables por esta vía se hallan enunciados en la Constitución de Mendoza, art. 144, inc. 9): "... Conocerá como tribunal de revisión en los

casos en que después de pronunciada la sentencia definitiva de segunda instancia, la parte perjudicada obtuviere o recobrare documentos decisivos, ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia o por otra causa análoga; cuando la sentencia se hubiere dictado en virtud de documentos o de prueba testimonial y se declarase en juicio posterior que fueron falsas dichas pruebas o documentos; cuando la sentencia firme recayese sobre cosas no pedidas por las partes u omitiese resolver sobre alguno de las Lecciones de la demanda, contestación o reconvención; y cuando la sentencia firme se hubiere dictado u obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta".

Si bien se mira, este último supuesto es, precisamente, el que aceptó como tal la Corte Suprema de la Nación en el famoso *leading case* "Campbell Davidson c. Provincia de Buenos Aires", ya citado varias veces en esta obra, en una titulada *acción autónoma revocatoria de cosa juzgada fraudulenta* que inauguró una proliferación de demandas similares. Y eso ocurre hasta hoy en todas las provincias argentinas.

Es claro que, de haber tenido legislado el medio impugnativo en trato, no habría sido menester inventar un tipo pretensional hasta entonces no aceptado por la jurisprudencia so pretexto de que *no había acción admisible* al respecto.

En lo penal, el modelo que adopto es el contenido en el CPP SFE, 489: "La acción de revisión procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme:

"1) si los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable;

"2) cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad haya sido declarada en fallo posterior irrevocable;

"3) si la condena hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o maquinación fraudulenta cuya existencia hubiese sido declarada en fallo posterior irrevocable, o aunque no haya podido llegarse a dicho fallo por haber mediado una causal extintiva o que imposibilitó proseguir el ejercicio de la acción;

"4) cuando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho delictuoso no existió, que el condenado no lo cometió, o no se dieron las circunstancias agravantes típicas que el Juez o Tribunal tuvo en cuenta al pronunciar aquéllas".

2.b) *Los supuestos consecuentes del "recurso de revisión"*

Como el tema anterior hacía al porqué de la impugnación, éste hace a su

para qué. Por tanto, caso de ser admitida, se entiende que el juez reverá la sentencia impugnada y resolverá definitivamente o reenviará la causa al inferior para nuevo juzgamiento.

El tema ha proporcionado muchas cavilaciones a los juristas, como se verá enseguida.

2.c) *Los requisitos generales del "recurso de revisión"*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde referir a:

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso de revisión"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, corresponde agregar acá que:

A) la deducción de la impugnación debe ser hecha *después* de haber adquirido ejecutoria la sentencia impugnada y dentro del plazo de quince días de la notificación o del conocimiento del hecho en el caso de las circunstancias referidas en CP MEN, 144, 9);

B) la presentación debe cumplir con la vigencia de los requisitos extrínsecos propios de toda demanda (ver la Lección 20), acompañar copias para la respectiva sustanciación y llevar firma de letrado;

C) para la admisibilidad de la impugnación debe ser abonada una gabela.

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso de revisión"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello cabe decir que, en la fundamentación de la impugnación, y conforme lo legisla el CPC MEN, 156 (que sigo estrictamente en esta ocasión) hay que establecer, clara y concretamente:

1) de cuál de los supuestos previstos en CP MEN, 144, 9) se trata;

2) de qué manera los documentos hallados o recobrados o la declaración de falsedad de la prueba pueden hacer variar la sentencia definitiva cuya revisión se pretende;

3) en el primer supuesto del art. 144, inc. 9°, hay que acompañar los documentos del caso;

4) en el segundo supuesto de dicha disposición constitucional, hay que acom-

pañar testimonio de la sentencia que declara la falsedad de los documentos o declaraciones de los testigos;

5) en el tercer supuesto constitucional hay que determinar cuál es la parte de la sentencia que se pronunció sobre cosas no pedidas y cuáles son las cuestiones fundamentales planteadas y no resueltas;

6) en el cuarto supuesto, hay que acompañar testimonio de la sentencia que declaró el prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Además, y en todos los casos, el impugnante debe transcribir fielmente en su demanda la resolución judicial que se impugna o, en su caso, efectuar una relación sucinta de los hechos y el derecho o doctrina que se ha aplicado.

3) *El trámite del "recurso de revisión"*

En CPC MEN, 148, el trámite es el siguiente: "Admitido el recurso, se correrá traslado a la contraria por quince días. La contestación debe ajustarse, en lo pertinente, a lo dispuesto en los arts. 145 y 168. Dada la contestación o vencido el plazo para hacerlo, se correrá vista por cinco días al procurador de la Corte, procediéndose luego como disponen los arts. 145 y 168, salvo que se tratara de recurso de revisión y fuera procedente la recepción de la prueba".

4) *Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de revisión"*

Aunque la ley que gloso no lo dice expresamente, creo que es de toda obviedad que la resolución que recae en la impugnación por revisión está sujeta a la interposición del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, único posible localmente pues la revisión tramita ante la Corte Suprema de Justicia provincial.

3.2.9. LA APELACIÓN EXTRAORDINARIA

Toda impugnación de carácter extraordinario es de tipo casacional. En su consecuencia, cualquiera sea ella y sin importar cómo la denomina un código dado, su interposición implica la existencia de un control judicial puramente jurídico, por lo que no está permitido, en general, un nuevo planteo ni la pretensión de control de los hechos discutidos y sentenciados por los jueces de primer grado de conocimiento.

Históricamente, la Argentina ha sido ajena a todo recurso de casación en materia de *derecho común* (que impera desde antiguo en Francia y por razones políticas que surgen claras de la historia del país) pero ha aceptado el régimen en materia constitucional al otorgar la CN, 108 competencia al efecto a la CSJN (ver Ln 48).

No obstante ello, desde que se entronizaron en el país los tribunales colegiados de instancia única en cuanto a los hechos para tramitar el juicio oral (en SFE, ver arts. 541 y 542 y LOPJ, 60 y ss.; ver también CP, 83), se legisló en varios CPC con diferentes denominaciones: en el nuestro, recurso de apelación extraordinaria (arts. 567 y ss. y LOPJ, 42).

1) *La naturaleza de la apelación extraordinaria*

Este tipo de impugnación procede siempre como recurso, dada su naturaleza de *acción* procesal que, aunque no clara en el texto de la ley (ver el carácter opcional de la bilateralidad del instar, art. 569), es obvia apenas se repare en la circunstancia de que el apelado puede defender la sentencia impugnada ante el tribunal de control.

2) *Los presupuestos de la apelación extraordinaria*

Explicado ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver

2.a) *Los supuestos precedentes de la apelación extraordinaria*

Siempre es una *sentencia definitiva* (la que pone fin al litigio) o *con fuerza de tal* (LOPJ, 42) dictada por un tribunal colegiado (existentes sólo en Santa Fe y Rosario; (ver LOPJ, 60 y ss.), en tanto se afirme que han incurrido en:

2.a.1) apartamiento de las formas sustanciales estatuidas para el trámite o la decisión del litigio, siempre que ello influya directamente en el derecho de defensa y en tanto no medie consentimiento del impugnante (LOPJ, 42, 1°);

2.a.2.) apartamiento en la sentencia de la regla de la congruencia procesal, que opera cuando el pronunciamiento versa sobre cosa no pretendida o persona no demandada, o que adjudica más de lo pretendido, o que no contiene declaración expresa acerca de pretensión oportunamente deducida o contiene motivación y/o disposiciones contradictorias entre sí (LOPJ, 42, 2°);

2.a.3) apartamiento manifiesto del texto expreso de la ley (LOPJ, 42, 3°);

2.a.4) apartamiento relevante de la interpretación que a idéntica cuestión de derecho haya dado una sala de la cámara de apelación de la respectiva circunscripción judicial, lo cual debe demostrarse fehacientemente en el acto de interposición del recurso o en el plazo adicional de veinte días posteriores, que el tribunal colegiado concederá ante el solo pedimento de la parte (LOPJ, 42, 4°);

2.a.5) desconocimiento del principio de seguridad jurídica, por violación de la litispendencia o de la cosa juzgada (LOPJ, 42, 5°).

2.b) *Los supuestos consecuentes de la apelación extraordinaria*

El tema será explicado luego, al tratar el contenido de la sentencia en la cual se realiza el juicio de fundabilidad.

2.c) *Los requisitos generales de la apelación extraordinaria*

En el caso en estudio, corresponde referir a:

2.c.1) *Los requisitos extrínsecos de la apelación extraordinaria*

Sin perjuicio de lo dicho en el # 3.1.7.3.1., cabe decir ahora que el plazo para su deducción es de 10 días (LOPJ, 42) que se amplían en 20 más para el caso de la violación de la doctrina legal (inc. 4°).

Además, la impugnación debe ser efectuada por escrito (no en diligencia, art. 32) con la cita concreta y expresa de las formas transgredidas (para el caso de LOPJ, 42, 1°); con las de las disposiciones legales violadas en el caso de LOPJ, 42, 3°); y acompañando copia autorizada de la resolución que se invoca como conteniendo la interpretación jurisprudencial violada, LOPJ, 42, 4°.

2.c.2) *Los requisitos intrínsecos de la apelación extraordinaria*

Sin perjuicio de lo dicho en el # 3.1.7.3.2., cabe decir ahora que debe ser adecuadamente fundado en el acto mismo de su interposición, pues no hay oportunidad posterior para hacerlo.

3) *El trámite de la apelación extraordinaria*

Interpuesto el recurso, el tribunal lo admite (concede) o lo deniega (art. 568). En caso de denegación queda abierta al impugnante la posibilidad de deducir queja por apelación denegada (art. 568); en caso de admisión, eleva la causa al superior (art. 569).

A partir de la fecha en la cual se admitió el recurso, ambas partes pueden presentar ante el superior un memorial en defensa de sus derechos (art. 569).

Vencido tal plazo, la causa queda conclusa (sin necesidad de llamamiento de autos) para el dictado de la sentencia.

4) *La resolución que decide la apelación extraordinaria y las impugnaciones que proceden contra ella*

El juicio de fundabilidad dictado en segundo grado ordinario respecto de este tipo de impugnación puede tener diferentes contenidos, según sea la causal de procedencia del recurso. En caso de

A) *recurso concedido por violación de las formas,* la sentencia superior puede declarar:

A.1) la *improcedencia* de la pretensión nulificante, en cuyo caso el respectivo pronunciamiento pone fin definitivo al pleito y, salvo supuesto de impugnación admisible (siempre la aclaratoria y, en ciertos casos, impugnaciones extraordinarias de inconstitucionalidad) produce, a partir del vencimiento de los plazos respectivos, los efectos de *ejecutoria* (el mandato judicial puede ser ya ejecutado sin más) y de *caso juzgado* (el mandato judicial no puede ser impugnado salvo caso excepcional y por la vía de *demanda judicial* y no puede ser ignorado, desconocido o contrariado por juez alguno);

A.2) la *procedencia* de la pretensión nulificante, en cuyo caso el tribunal que emitió el respectivo pronunciamiento debe actuar una de las posibles alternativas que siempre establece la ley sobre el punto:

A.2.1) si se trata de *vicio contenido en el procedimiento* (y no en la propia sentencia), por haber existido en la especie una violación al derecho de defensa del impugnante, cabe anular o casar la sentencia impugnada y ordenar el reenvío de la causa a la sede inferior para que el subrogante legal del juez cuya sentencia se anuló, vuelva a tramitar la causa a partir del último acto procedimental declarado válido por el superior y, oportunamente, dicte nueva sentencia luego de haber otorgado la completa audiencia que el impugnante no tuvo hasta el momento (art. 570, segundo párrafo);

A.2.2) si se trata de *vicio contenido en la propia sentencia,* por no respetar las formas exigidas legalmente (por ejemplo, art. 244) cabe anular o casar la sentencia impugnada y proceder de la misma manera que la recién descrita.

No es esta la solución que se vio al tratar el recurso de nulidad, pues en el juicio escrito es el propio tribunal de alzada el que dicta la nueva sentencia de fondo, sin hacer reenvío alguno a sede inferior. Y ello por razones obvias: si el tribunal de grado inferior tramitó la causa por la vía del juicio oral, los jueces que ahora deben dictar la sentencia no han estado presentes en el momento de la producción de la prueba allí rendida. De ahí que la solución del art. 570 sea correcta: en cualquier caso de declaración de nulidad corresponde reenviar la causa a sede inferior para que se tramite nuevamente la audiencia de vista de la causa y luego se procederá a dictar nueva sentencia;

B) *recurso concedido por violación de la ley* o *por violación de la doctrina legal:* la sentencia superior que estime la impugnación debe casar la sentencia y resolver de inmediato el caso conforme con la ley o la doctrina legal cuya aplicación se declara (art. 570).

Reiterando idea ya expuesta, esta sentencia definitiva en instancia extraordinaria sólo puede ser impugnada por vía de aclaratoria y por la vía de recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

LECCIÓN 28

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA SOLUCIÓN URGENTE Y ANTICIPADA DE UNA PRETENSIÓN

SUMARIO

1. Introducción al tema: las *medidas cautelares*
2. El procedimiento cautelar y la petición que lo origina: naturaleza
   - 2.1. Los presupuestos de toda cautela
     - 2.1.1. El supuesto precedente
     - 2.1.2. Los supuestos consecuentes
     - 2.1.3. Los requisitos generales
       - 2.1.3.1. Extrínsecos
         - 2.1.3.1.1. Competencia judicial
         - 2.1.3.1.2. Oportunidad
         - 2.1.3.1.3. Contracautela
       - 2.1.3.2. Intrínsecos
         - 2.1.3.2.1. Verosimilitud del derecho
         - 2.1.3.2.2. Peligro en la demora
     - 2.1.4. Los requisitos específicos
   - 2.2. Caracteres de las cautelas admitidas
   - 2.3. Clasificación de las posibles cautelas
     - 2.3.1. Protegen bienes:
       - 2.3.1.1. Asegurando la ejecución forzosa de un derecho aún no declarado:
         - 2.3.1.1.1. Embargo preventivo
         - 2.3.1.1.2. Secuestro
         - 2.3.1.1.3. Depósito judicial
         - 2.3.1.1.4. Inhibición general
       - 2.3.1.2. Posibilitando la ejecución forzosa de un derecho ya declarado:
         - 2.3.1.2.1. Embargo ejecutivo y desposesión del bien embargado
         - 2.3.1.2.2. Intervención judicial
           - 2.3.1.2.2.1. Intervención recaudadora
         - 2.3.1.2.3. Inhibición general
       - 2.3.1.3. Manteniendo el *statu quo* mientras se discute sobre ellos:
         - 2.3.1.3.1. Intervención administradora
         - 2.3.1.3.2. Intervención veedora
     - 2.3.2. Protegen derechos por declarar, manteniendo el *statu quo* de bien o de conducta:
       - 2.3.2.1. Prohibición de innovar

2.3.2.2. Prohibición de contratar
2.3.2.3. Anotación registral del litigio
2.3.3. Protegen personas que litigan o desean hacerlo:
2.3.3.1. Asegurando su integridad: la protección de persona
2.3.3.2. Posibilitando el litigio a quien no puede solventar los gastos propios del proceso: beneficio de litigar sin gastos
2.3.3.3. Estableciendo el otorgamiento de fianzas para:
2.3.3.3.1. Asumir la defensa en juicio de un pariente
2.3.3.3.2. Posibilitar el cobro de eventual imposición de costas: arraigo en juicio
2.3.3.3.3. Posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada
2.3.4. Protegen la oportuna producción de pruebas
2.3.5. Protegen el desarrollo íntegro y regular del proceso penal:
2.3.5.1. Privación de libertad
3. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza
3.1. Clasificación de los anticipos
3.1.1. Legales
3.1.2. Judiciales
3.1.2.1. Poderes cautelares genéricos
3.1.2.2. Orden de innovar en la situación jurídica
3.1.2.3. Sentencia autosatisfactiva

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA: LAS *MEDIDAS CAUTELARES*[1]

Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de *medidas cautelares* o *precautorias,* de muy antigua raigambre legislativa. También se las conoce como *acciones cautelares,* y como *acciones asegurativas,* y como *acciones garantizadoras,* y como *procesos cautelares,* y como *providencias cautelares.* Como luego se verá, nada de todo eso es.

A pesar de que varios autores argentinos elogian y defienden la designación de *medidas precautorias*, creo que con ella se peca, nuevamente, de grave defecto terminológico que lleva a seria confusión al legislador y, a consecuencia de ello, a los magistrados judiciales.

En efecto: castizamente, la voz *medida* ostenta inusual amplitud de significados y ninguno encierra cabalmente lo que con ello se menciona en el derecho procesal. Ya se comprenderá el porqué.

Igual ocurre con la palabra *precautoria,* que tampoco describe integralmente el fenómeno que se analizará en esta Lección.

1 Esta Lección ha sido ya publicada con algunas variantes en el libro *La cautela procesal,* ed. Juris, Rosario, 2008.

Por mi parte, prefiero utilizar el sintagma *petición cautelar,* por las razones que se verán en el punto siguiente.

Con los imprecisos alcances ya vistos, la tutela judicial *cautelar* (o *precautoria)* se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible, que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés.

Con este objeto en la mira, el legislador instauró la figura del *embargo preventivo,* mediante el cual –y hasta el día de hoy– se afecta un bien del deudor a su eventual remate a fin de lograr con ello el dinero necesario para que el acreedor pueda cobrar su acreencia.

Como es de toda lógica, la orden de embargo debe ser emitida siempre *sin previa audiencia del deudor* (pues, caso de saber él que dejará de disponer libremente del bien que se le embargue, es altamente posible que lo esconda o lo transfiera, burlando así los eventuales derechos del acreedor). Y así se hace sin excepción en todas las legislaciones procesales vigentes en América latina (de ahí es que me parece apropiada denominar *petición* –y no *acción procesal*– a este tipo de pretensión).

En razón de que el *embargo preventivo* es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y, además, la mejor, más extensa y detalladamente tratada, el resto de las cautelas imaginables aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus propias condiciones de actuación.

Y, hasta hoy, en Santa Fe, cuando la ley autoriza otra forma de protección cautelar diferente a la del embargo (por ejemplo, la prohibición de innovar) hace una remisión de sus propias condiciones a las del embargo preventivo, con lo cual éstas han pasado a convertirse de hecho en las *condiciones generales de todas las formas de protección cautelar.*

Por otro lado, y sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar*, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que

debe recibirlos de inmediato pues caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito.

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior.

A partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisible y peligrosísima discrecionalidad judicial.

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas "cautelas": por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de las *medidas precautorias*.

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás.

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos anticipos de sentencia, hizo que se les aplicaran sin más y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia).

Y, así fue que, a raíz de ello, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

A tal punto se ha llegado en este notable desfase que, contrariando a toda la lógica y a los más elementales principios que regulan el *debido proceso republicano*, se han instalado hoy en muchas legislaciones las denominadas *medidas autosatisfactivas*, muestra palmaria de lo que aquí se sostiene.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica ya adelantada.

Mientras eso ocurre, habrá que tener siempre presente que lo que se dice en este punto referirá con exclusividad a lo relativo a *las cautelas propiamente dichas*, dejando para después todo lo que sea anticipo de sentencia (ver el # 3, en esta Lección).

2. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA PETICIÓN QUE LO ORIGINA: NATURALEZA

Parece evidente que lo cautelar no es ni puede ser una *acción procesal* pues lo característico de la actividad precautoria es que la pretensión del peticionante puede lograr inmediato proveimiento favorable del juez, sin la necesaria bilateralidad previa de la instancia.

Y ya se sabe que no hay acción si no hay bilateralidad en la discusión o, en otras palabras, si quien va sufrir los efectos de lo que se decida judicialmente no tiene audiencia anterior a lo que el juez decida al respecto.

Consecuente con ello, nada de lo relativo a las cautelas puede ser catalogado como *proceso*, toda vez que éste es, precisamente, el *objeto de la acción procesal*. De ahí que, descartada la naturaleza de *acción*, debe caer de inmediato cualquiera referencia a lo *procesal* (en rigor de verdad, todo lo relativo a la materia cautelar genera simples procedimientos, en los significados vistos en la Lección 2).

Todo esto queda resuelto doctrinalmente si se mira el tema a tenor de la explicación que, acerca de las *instancias*, he hecho en la Lección 2. Por eso es que señalé que corresponde llamarlas *peticiones cautelares* toda vez que:

a) la palabra *petición* (y no *medida*) alude a una de las cinco instancias ya conocidas, de carácter primario, con contenido pretensional y que no requiere bilateralidad previa. Creo que así se advierte de inmediato su naturaleza jurídica y se comprende mejor el fenómeno que aquí se describe; y

b) la voz *cautelar* da clara idea del contenido de este tipo de pretensión, pues proviene de *cauto* y tal adjetivo muestra al litigante que intenta asegurar el resultado final de un litigio para el supuesto de obtener sentencia favorable a la pretensión demandada.

Consecuente con ello, el objeto de la petición será siempre obtener un procedimiento (que es lo que existe en todo lo cautelar).

Pero habrá que tener cuidado en no llamar *petición cautelar* a lo que obvia y evidentemente no lo es: por ejemplo, la anticipación de una decisión judicial.

Esta advertencia se comprenderá adecuadamente luego de terminar la lectura de esta Lección.

2.1. LOS PRESUPUESTOS DE TODA CAUTELA

La doctrina americana ha trabajado largamente acerca de este tópico, haciéndolo de manera diferente a la que presento en esta obra.

Para ser consecuente con el desarrollo del mismo tema en Lecciones anteriores, debo recordar ahora que en la Lección 8 expliqué el contenido del vocablo *presupuesto*, donde hablé de *supuestos* (*precedente* y *consecuente*, ambos de contenido puramente lógico y, por tanto, invariables salvo excepciones establecidas en la ley para pocos y ciertos casos), y de *requisitos actuales de realización del acto* con *eficacia* y *eficiencia*, de contenidos puramente legales y, por tanto, variables de legislación a legislación.

Veamos ahora estos presupuestos en cuanto al tema en tratamiento.

2.1.1. EL SUPUESTO PRECEDENTE DE LAS CAUTELAS EN GENERAL

El *supuesto precedente* (presupuesto *previo* o *anterior*) de las cautelas en general varía en cuanto a si ellas se dirigen a preservar la *eventual ejecución de un derecho incierto* o a posibilitar la *ejecución actual de un derecho ya cierto*.

Me ocuparé aquí sólo de los primeros, cuyos supuestos precedentes se vinculan siempre con la existencia de un litigio actual o eventual e inminente, en el cual se dictará una sentencia que será menester ejecutar.

En rigor, este supuesto hace al *porqué* de la cautela.

Pero también, como luego se verá en el lugar pertinente, hay ciertas cautelas que responden, además, a otros supuestos que son propios de ellas.

2.1.2. LOS SUPUESTOS CONSECUENTES DE LAS CAUTELAS EN GENERAL

Los *supuestos consecuentes* (presupuestos *futuros* o *inminentes*) de toda cautela respecto de la sentencia que se obtendrá luego de un proceso legítimamente llevado por el juez, son los que refieren a lo que el peticionante obtendrá (*objeto*) con la eficacia y la eficiencia del acto *cautela en particular* (hacen al *efecto* o al *para qué* de ella).

Todo esto será explicado más adelante respecto de cada cautela en particular.

2.1.3. LOS REQUISITOS GENERALES PARA OTORGAR CAUTELAS

Los presupuestos *actuales* o *coincidentes con el momento de admisión* de la cautela son los *requisitos*, que se relacionan tanto con su *eficacia* como con su *eficiencia*. Los vemos a continuación.

Los *requisitos de eficacia* deben presentarse siempre en el momento mismo de ordenar el juez la cautela y son de carácter *extrínseco* e *intrínseco*.

Los *requisitos de eficiencia* tienen que ver con el resultado que se aspira a obtener con cada cautela en particular y varían en función de la diligencia que el cautelante ponga al efecto. Se referirán luego con la denominación de *supuestos consecuentes*.

Volvamos ahora a los requisitos de eficacia:

1) los *extrínsecos* se vinculan con las preguntas que pueden formularse para definir: a) *¿quién debe ordenar la cautela?*; b) *¿cuándo debe ser ordenada?* y c) *¿cómo se ordena la cautela?*

2) los *intrínsecos* responden a la pregunta que hay que hacer para saber *¿qué debe meritar el juez antes de ordenar la cautela?*

En los puntos que siguen serán respondidas estas preguntas.

2.1.3.1. LOS REQUISITOS GENERALES *EXTRÍNSECOS* PARA OTORGAR CAUTELAS

Son tres: 1) la competencia del juez; 2) la adecuada oportunidad para dictarla y 3) la prestación de contracautela.

Los vemos seguidamente.

2.1.3.1.1. LA COMPETENCIA JUDICIAL

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿quién debe ordenar la cautela?*

La respuesta es obvia a poco que se piense el tema a partir del conocimiento previo y manejo de añeja legislación: es competente al efecto el propio juez que ya conoce del litigio, cuando es *actual* (es decir, ya se tramita el respectivo expediente) (art. 5, 9°), y el juez a quien le correspondería conocer de él, cuando es *eventual* (es decir, cuando aún no se presentó la demanda) (art. 5, 8°) (ver también art. 287).

Pero es asaz claro que nada obsta a que la cautela sea ordenada por cualquier otro funcionario judicial, habida cuenta de que la esencia de la actividad cautelar es puramente administrativa y nunca fue, es o será jurisdiccional, actividad que compete exclusivamente a los jueces del Estado (ver la Lección 6).

De ahí que, pensando en un sistema que funcione adecuada y eficientemente, creo que bien se haría eliminando la tarea cautelar de la competencia de los jueces, claro está que en lo que toca a su dictado y no respecto de sus vicisitudes posteriores, pues en estas hay o puede haber contienda.

No obstante, sin perjuicio de ello y volviendo a pensar el tema a partir de la ley, el componente de urgencia que tiene por naturaleza todo lo cautelar hace que desde antaño se tolere en casi todas las leyes procedimentales que las respectivas peticiones sean ordenadas por juez *incompetente* (interpretación extensiva del art. 287).

Como es de suponer, las mismas leyes establecen que luego de ser ordenada la cautela del caso, el juez incompetente que la dictó debe enviar al respectivo expediente al juez competente que ya entiende en la causa o que deberá conocer de ella en función de todas las pautas atributivas de competencia que ya se han visto en la Lección 7.

Pero debe tenerse en cuenta que no cualquier juez incompetente puede ordenar la cautela: sólo aquél que carece de competencia territorial, material, personal o cuantitativa, pero no puede hacerlo el juez que no tiene *competencia funcional* al efecto, toda vez que la pretermisión de la correspondiente instancia cercenaría el derecho de defensa de la parte que a la postre debe sufrir la cautela ordenada. En otras palabras: un juez de segundo grado de conocimiento no puede ni debe ordenar jamás cautela alguna pues carece de facultades al efecto.

2.1.3.1.2. LA OPORTUNIDAD PARA ORDENAR CAUTELAS

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cuándo debe el juez ordenar la cautela peticionada?*

Dos cuestiones deben ser analizadas en este tópico:

1) si debe exigirse la existencia de un proceso ya pendiente al tiempo de ser solicitada la emisión de la cautela o si, por lo contrario, puede ser peticionada y obtenida antes de la existencia del litigio y con la sola promesa del peticionante de demandar oportunamente (ver, por ejemplo, art. 286 –que establece que el embargo puede ser trabado *antes* de demandar–; y art. 289, que exige que haya un proceso pendiente al tiempo de ordenar la cautelar de no innovar);

2) si, en su caso, debe establecerse un plazo de caducidad de la cautela si no se demanda dentro de él.

En lo que toca a la necesidad de que exista ya proceso pendiente al tiempo de cautelar, parece claro que la respectiva petición puede ser presentada en el mismo texto de la demanda, en razón de que con su mera interposición surgen el litigio y el proceso (objeto de la acción procesal). Y, también, en cualquier momento posterior, toda vez que quien puede lo más puede lo menos.

Pero es de toda lógica aceptar que la cautela se peticione y despache antes de ser presentada la demanda del caso y que dará sustento a la orden que se

dicte al efecto: elementales razones de urgencia extrema que pueden presentarse en sinnúmero de casos así lo aconsejan. Esta es, por otra parte, la tónica del art. 287.

En cuanto a la existencia de un plazo de caducidad de la cautela ordenada y trabada antes de ser promovida la demanda del caso, es aceptable y coherente su disposición en la ley.

De ahí que siempre debe existir norma expresa al respecto, cual la del art. 286, que establece un plazo de caducidad de 15 días para el embargo anticipado si a su vencimiento no fue entablada la demanda.

2.1.3.1.3. LA PRESTACIÓN DE CONTRACAUTELA COMO REQUISITO PARA ORDENAR CAUTELAS

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cómo debe ser ordenada la cautela peticionada?*

Dado que la naturaleza jurídica de toda cautela es la propia de la instancia de *petición*, no puede ni debe ser bilateralizada por el juez antes de admitirla. Por eso no es oído al efecto aquel contra quien se dirige.

De ahí que, en general, su admisión debe ser especial y adecuadamente ponderada en cuanto a la vigencia de los requisitos intrínsecos de la respectiva pretensión cautelar, habida cuenta de que si bien y en general el resultado de la petición afecta sólo al peticionante, en este caso particular puede perjudicar seriamente a quien hasta ahora es un tercero en el tratamiento de la instancia: quien sufrirá los efectos propios de la cautela ordenada por ser actual o eventualmente demandado.

De ahí también que, como consecuencia de la falta de bilateralidad previa, todas las leyes exijan desde antaño que cada cautela admitida sea precedida del otorgamiento de una adecuada contracautela en cuya determinación, insisto, el afectado no participa (art. 277).

La palabra *contracautela* no es castiza. Pero en el preciso uso forense, refiere a la *caución* que debe otorgar el solicitante de la cautela para garantizar el pago de reparación indemnizatoria por el eventual daño que su efectivización provoque al afectado por ella.

Por eso es que el neologismo está bien utilizado en el caso, toda vez que la *contracautela* es, en esencia, una *verdadera cautela* que el cautelante extiende a favor del cautelado para el supuesto de que su propia cautela así contracautelada produzca eventualmente daño a éste. Esta afirmación se muestra evidente cuando se advierte que la contracautela participa absolutamente de todos los caracteres generales de las cautelas, tal como se puede ver en el # 2.2.

Decretada la caución del caso, debe ser constituida después de la admisión de la cautela pero antes de su ejecución o traba, para así dejar expedito el procedimiento posterior.

Para eso, el juez debe fijar un monto dinerario a la caución que se prestará, teniendo en cuenta al efecto las circunstancias del caso que, casi siempre, debe adivinar precisamente por la falta de audiencia previa del cautelado. De ahí la ponderación de las circunstancias que antes he referido.

En principio, no hay relación obvia y clara entre la traba de una cautela cualquiera y el daño que ella puede provocar. Esa es la razón por la cual añeja y seria jurisprudencia ha tratado de buscar y adoptar pautas objetivas para relacionar ambas cosas.

Y, así, en algunos medios forenses el monto respectivo se establece a base de un porcentaje (por ejemplo, el 30 o el 35%) de la cantidad cautelada, cuando se trata de dar suma de dinero, o de un monto cualquiera fijado voluntarista pero dizque prudentemente por el propio juez luego de considerar las circunstancias del caso. Téngase presente esto para comprender las críticas que haré en el punto siguiente al tema *verosimilitud del derecho.*

Descartado *ab initio* que el cautelante *siempre es personalmente responsable* por los daños que cause la traba de la cautela, resulta claro que de lo que aquí se trata es de mejorar la situación del eventual acreedor por daño que pueda sufrir en razón de ello, facilitándole el cobro de su acreencia llegado el caso de tener que hacerlo.

Finalmente: las posibles clases de caución que garantizan la obligación primaria del cautelante son tres: 1) real; 2) personal y 3) juratoria. Las explico.

1) Caución real es la que constituye el propio cautelante o un tercero, gravando o afectando un bien determinado al pago de eventual acreencia del cautelado por daño sufrido a causa de la traba de la cautela.

Ejemplos de este tipo de caución son: el depósito judicial de dinero, títulos, valores o acciones que coticen en Bolsa, en cantidad suficiente para responder –a juicio del juez– a los daños eventuales; el autoembargo de bienes inmuebles o muebles registrables (con la respectiva anotación registral) o muebles no registrables (con el consiguiente depósito de ellos en otra persona, sujeta a las cargas y responsabilidades de los depositarios); la constitución de prenda con registro o de hipoteca a favor del cautelado; etc.

2) *Caución personal* es la que presta una tercera persona con capacidad de obligarse (CC, 2011) y que, a raíz de ello, se convierte en fiador judicial del cautelante.

Este tipo de caución no puede ser constituido por el propio cautelante, sino por un tercero convertido en su fiador (arg. CC, 1986).

3) *Caución juratoria* es el juramento que el mismo interesado (quien ya es naturalmente responsable por los daños que su cautela puede generar, según se vio *supra*) hace para asegurar que cumplirá llegado el caso.

Este tipo de caución sólo puede ser constituido por el propio cautelante que, como se ve, nada agrega con ello a su propia responsabilidad personal, cual ocurre en los casos anteriores, de donde resulta que no es serio ordenar cautelas a base de la simple promesa de portarse bien en el futuro, hecha ahora por quien desea cautelar a efecto de lograr la inmediata admisión de su pretensión.

También se utiliza en nuestros países en materia penal respecto de delitos menores pues, de no aceptarse esto, no habría cárceles suficientes para contener a tantos imputados por ellos. Y parece que ello es aceptable aunque no ortodoxo. Pero atención: jamás puede extenderse actualmente a las pretensiones de carácter no penal. Nuestro CPC no la prevé y, aún más, establece que el fiador personal debe justificar siempre su solvencia (art. 277).

Veamos ahora cuáles son las excepciones a las reglas de exigencia de prestación de contracautela:

1) porque se supone que ostenta *indudable solvencia patrimonial,* tanto el Estado nacional cuanto el provincial y el municipal están exentos de la obligación de contracautelar (Lp 9040, 8; CPCN, 200, 1°);

2) de la misma forma quien ya ha obtenido una *sentencia judicial favorable* respecto de la pretensión cuya efectivización se intenta cautelar: esto resulta obvio a poco que se repare en que el derecho ya ha sido declarado a favor del cautelante (art. 279); y

3) quien ostenta la calidad de *cónyuge, socio, coheredero* o *comunero* respecto de los bienes gananciales, de la sociedad, de la herencia o del condominio (art. 279); y

4) quien litiga contra demandado declarado rebelde (art. 79); y

5) quien tiene la calidad de acreedor privilegiado sobre el bien que se intenta cautelar (art. 280); etc.

Además, se exime de prestar caución a quien ha sido agraciado con el otorgamiento del *beneficio de litigar sin gastos* o ha obtenido lo que en muchas leyes se denomina desde antiguo *declaratoria* o *beneficio de pobreza* y, gracias a tal circunstancia, puede cautelar sin previa prestación de la fianza del caso (CPCN, 200, 2° y LOPJ, 145, 16°). Me ocuparé específicamente de este tema en el # 2.3.3.2. Allí haré los comentarios del caso.

2.1.3.2. LOS REQUISITOS GENERALES *INTRÍNSECOS* PARA OTORGAR CAUTELAS

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿qué debe meritar el juez antes de ordenar la cautela en cuanto a las razones que fundamentan la respectiva petición?*

Y la respuesta se vincula con dos temas recurrentemente tratados en doctrina desde antaño:

1) la necesidad de que, al tiempo de decretar la cautela solicitada, exista para el juez una clara *verosimilitud del derecho pretendido* y

2) la de que se afirme y se acredite inicialmente por el cautelante la *existencia de urgencia* en la obtención de la cautela, pues se corre grave peligro de que la demora frustre el derecho litigioso.

Veamos cada uno de ellos.

2.1.3.2.1. LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO

Castizamente, es *verosímil* lo que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble.

Es decir que, siguiendo esa idea en su auténtica significación, ante la mera invocación de un derecho por quien actúa o actuará como actor en un proceso a base de pretensión no penal, *el juez le cree* (¡?) –a veces, sin más; otras, luego de investigar sumariamente algún documento o testimonio de tercero– y acepta subjetivamente que es *verdad aparente* todo lo relativo a los fundamentos fácticos de la pretensión esgrimida.

En el caso, es menester señalar que toda pretensión propia de una acción procesal se dirige necesariamente contra otra persona que es o será demandada en juicio, pues es quien deberá otorgar en su momento la correspondiente prestación (cuya efectivización no puede realizar personalmente juzgador alguno).

A pesar de ello, y para forjar dicha creencia, el juez no la oye al efecto en los casos de otorgamiento de cautelas pues la propia ley se lo prohibe. De ahí que deba contentarse con los dichos del propio cautelante amén de atender algunos testimonios traídos por el mismo interesado para otorgarla sin más, siempre a espaldas de quien sufrirá los efectos inmediatos y mediatos de lo que se cautele. Esto parece a simple vista un claro dislate en orden al adecuado resguardo del que debe ser siempre un irrestricto derecho constitucional de todo ciudadano a gozar del derecho de defensa en juicio, máxime cuando la cautela afecta gravemente la esfera de libertad del cautelado, por impedirle el ejercicio de algún derecho constitucional (cual el del normal uso de lo propio, por ejemplo). Sin embargo,

justo es reconocer que a veces se hace imprescindible ordenar alguna cautela para resguardar un derecho del cautelante (por ejemplo, el de propiedad) a riesgo de vulnerar otro (del cautelado) que puede incluso ser de mayor importancia en su esencia.

Adviértase a este efecto que hay muchas constituciones que, poniendo las cosas en el lugar en el que desde siempre debieron y deben estar, colocan al *derecho de defensa* sólo por debajo del *derecho a la libertad* y precediendo a *todo otro derecho*: al de propiedad, al de resguardo de la intimidad, al de inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia, etc.

Corresponde aclarar ahora que todas las leyes procesales del continente hablan de *derechos verosímiles* a la hora de normar lo relativo a *todas las cautelas*, centrando en la persona del juez –figura central y hegemónica en el sistema inquisitivo de juzgamiento– toda la actividad procesal (así, arts. 278 y 287; CPCN, art. 197). A tal punto se ha aceptado esto, que ya está incorporado en las mentes jurídicas de estas tierras y, particularmente, en la de los magistrados judiciales de todos los fueros y grados de conocimiento.

De tal manera, la ley tolera y posibilita que el *juez crea* y que, de consiguiente, actúe voluntaristamente, como mejor le parezca y, la mayoría de las veces, sin sujetarse a pautas de pura objetividad. No obstante, toda la doctrina y jurisprudencia que se ha formado alrededor del tema lo acepta sin más y sin criticar la esencia misma de lo que apunto *supra*.

Por mi parte, creo que el funcionamiento de un verdadero *sistema* no puede depender en modo alguno de la pura subjetividad del juez actuante, por buena, noble, decente, estudiosa y dedicada que sea su persona.

Esto no es nuevo: los códigos más modernos (que no son necesariamente los últimos en entrar en vigencia) han obviado el tema. Es más: alguna ley puntual resuelve el problema de modo diferente, al establecer expresamente que "...el acreedor puede pedir embargo preventivo sobre los bienes del deudor sin necesidad de acreditar la deuda y con la sola condición de prestar fianza o caución real bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho...", agregando, a renglón seguido, que "...en todos los casos, deberá justificarse la solvencia del fiador propuesto[2]".

2 Texto de de la norma, vigente desde el 1 de febrero de 1962. A la fecha en la cual esto escribo, han pasado ya ¡47 años! y no se registra memoria de que haya habido un solo problema generador de responsabilidad por no estudiar los jueces si hubo o no verosimilitud del derecho en cada cautela de las miles y miles que han dispuesto a diario en tan dilatado lapso.

Como ya habrá colegido el lector, el tema merece importante tratamiento en la formulación seria de un sistema de enjuiciamiento que respete la esencia propia del método acusatorio, único compatible con expresas y universales garantías constitucionales.

2.1.3.2.2. EL PELIGRO EN LA DEMORA

Desde siempre se ha vinculado al otorgamiento de cautelas con el peligro que entraña la necesaria demora que existirá entre el momento de entablar la demanda y el de la ejecución de la sentencia que recaiga sobre ella, largo período durante el cual el demandado, por ejemplo, puede generar su insolvencia: a raíz de ello, es altamente probable que el mandato final del juez termine siendo inoperante y el proceso haya sido en vano.

De ahí que algunas leyes del pasado exigían que el juez comprobara personalmente la existencia de dicho peligro como insoslayable requisito de admisión para otorgar cualquier cautela. Y aún hoy, ver art. 287 y CPCN, 197.

Es más: cuidando otras leyes la esfera de libertad de quien debía sufrir los efectos de la cautela decretada (cosa que obviaban en cuanto al requisito anterior), algunas normativas hicieron más difícil la comprobación al exigir, por ejemplo, que la demora causara *perjuicio inminente* o *perjuicio irreparable* o mediara *extrema urgencia* o *circunstancias graves*, etc.

Y esto es lo que glosan los autores de la materia, dando por sentado que el cautelante debe convencer *unilateralmente* al juez, con variados argumentos y medios de prueba, de que hay *peligro* y hay *derecho verosímil*.

Sea como fuere, y atendiendo a que la comprobación de este peligro y de la verosimilitud del derecho insume enorme tiempo judicial, en lo que es obvia tarea administrativa y no jurisdiccional, ¿es razonable mantener este requisito en un sistema procesal, sin más y para *todo tipo* de cautela? ¿O habrá que realizar una tarea selectiva de pretensiones cautelares para que sean sometidas por la ley a la exigencia de diferentes requisitos de admisión? En el curso de las páginas siguientes haré esa selección con el confesado anhelo de encontrar un mejor método para impartir justicia en nuestros países.

Por ahora, repárese en que un juicio ordinario correcta, puntual y eficazmente llevado adelante por ambas partes y sin demoras innecesarias en el ordenamiento vigente en el CPC SFE, insume la friolera de doscientos diez días hábiles, contando al efecto el total de los plazos necesarios para recorrer todas sus etapas en el primero grado de conocimiento.

Si a ello se le suma otro año calendario, que puede insumir el trámite del segundo grado de conocimiento, y aceptando que allí termina todo pues las partes

no recorren instancias de grado extraordinario, resulta que la menor duración de un pleito según los parámetros temporales brindados por la propia ley gira alrededor de los *tres años:* ¡cómo no aceptar, entonces y sin más, la existencia de dicho peligro!

Pero la experiencia judicial y abogadil de muchos, muchos años, me ha enseñado que, de hecho, los plazos se duplican por docenas de razones que todo el mundo conoce y acepta con calmada resignación.

Por eso es que creo que, a tenor de todas las críticas vertidas en este punto y en el anterior, la solución para cautelar adecuadamente sin que se perjudique el sistema y los intereses de las partes es presumir lisa y llanamente la existencia de tal peligro (al menos en los pleitos por cobro de sumas de dinero que, ya se sabe, duran añares) y cuidar de aplicar la pauta relativa a la existencia de un derecho verosímil sólo en los casos en los que ella realmente deba aparecer.

2.1.4. LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA OTORGAR CIERTAS CAUTELAS

Sin perjuicio de los ya vistos precedentemente, varios tipos de cautela tienen requisitos propios y específicos de cada una de ellas: serán enunciados en el lugar correspondiente.

2.2. LOS CARACTERES DE LAS CAUTELAS ADMITIDAS

Véase finalmente lo relativo a los caracteres generales de todas las cautelas que siempre son: accesorias, provisionales, modificables y caducables. Además, y como ya se vio *supra*, y salvo caso excepcional al cual luego he de referir, siempre son unilaterales en tanto no exigen bilateralidad previa para su admisión.

Por lo contrario, y maguer la valiosa opinión de algunos importantes autores, no es un carácter propio de las cautelas el ser *anticipo jurisdiccional* de la respectiva pretensión. Y ello por cuanto tal anticipo constituye otra especie que responde a necesidades diferentes, según se vio *supra* y se verá luego *infra*.

Los explico:

a) son *accesorias* (CC, 523, 2328) o *instrumentales* por cuanto existen en consideración a un proceso en el cual se discute o, a veces, se discutirá un derecho incierto; o se posibilitará su ejecución cuando es cierto; o el del adecuado ejercicio de su defensa en juicio. De tal modo, este carácter determina que terminado el proceso (lo *principal*) cae automáticamente la cautela (lo *accesorio*);

b) son *provisionales* pues subsisten sólo mientras duran las circunstancias que la generaron;

c) son *modificables* o *mutables* toda vez que pueden variar en orden a las necesidades y las circunstancias del caso. De tal forma, nunca adquieren carácter de *caso juzgado* (material o formal) por lo que las cautelas pueden ser ampliadas, disminuidas, sustituidas y levantadas;

d) son *caducables* siempre que la ley admite que sean ordenadas en forma previa a la iniciación del proceso al cual acceden (art. 286). Quedan a salvo de esta afirmación los anticipos confirmatorios que, por obvias razones de lógica pura, no pueden estar sujetos a caducidad alguna.

> Concretamente, entonces, son susceptibles de caducidad las siguientes medidas cautelares: el embargo preventivo (art. 286), la inhibición general (arg. art. 286), la intervención conservadora (ídem y art. 465), la exhibición y eventual secuestro de cosa mueble (arts. 390, 3° y 394) y –aunque se trate en esencia de verdaderos anticipos– también caducan la autorización de servidumbre predial (arts. 391 y 394) y la fijación de cuota provisoria de alimentos como previa a la iniciación del juicio de divorcio (art. 533 y CC, 231).
>
> No corresponde hacerla extensiva a las medidas cautelares aseguratívas de personas, salvo el caso del art. 295 ("depósito de la mujer casada"). Tampoco caducan las medidas cautelares aseguratívas de pruebas (art. 275).

Además, también caducan algunos casos en los cuales ha mediado previa bilateralización de la pretensión, por así disponerlo el juez o la propia ley (v.gr.: arraigo, ver art. 331, y pobreza, ver art. 339). Esto último no se advierte fácilmente en razón de que ambos ejemplos no son considerados como *cautelas* sino como *incidentes* (en rigor, *accidentes* en la nomenclatura utilizada en esta obra, ver la Lección 21). Volveré luego sobre el tema.

2.3. LA CLASIFICACIÓN DE LAS POSIBLES CAUTELAS

Las peticiones cautelares en general, pueden tener por objeto la protección de:

1) *bienes;* 2) *derechos litigiosos* o *ciertos*; 3) *personas que litigan* o *desean litigar;* 4) *medios de confirmación procesal* y, en lo penal, de la 5) *regular continuación del proceso.*

Esta presentación del tema no es habitual en las obras que se ocupan de él en la doctrina nacional que, siguiendo a Calamandrei, las clasifican según su contenido y no de acuerdo con su finalidad. Y así, hablan de providencias: a) *instructorias anticipadas*, b) *dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada del derecho hoy litigioso*, c) *mediante las cuales se resuelve interinamente acerca de una relación controvertida* y d) *que imponen una caución ordenada por el juez.*

Creo que teniendo en vista el objeto protegido será más fácil la comprensión de las críticas que seguidamente haré de las clasificaciones tradicionales.

2.3.1. LAS CAUTELAS CUYO OBJETO ES LA PROTECCIÓN DE BIENES

Estas cautelas refieren genéricamente a *bienes materiales* (cosas muebles, inmuebles –por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo– y semovientes) e *inmateriales* (porción hereditaria o condominial, participación societaria, derecho intelectual, etc.) y tienen siempre por objeto:

1) asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso; o

2) posibilitar la ejecución forzosa de un derecho ya declarado, por una sentencia o por la ley; o

3) mantener el *statu quo* actual de ciertos bienes mientras se discute sobre ellos en un proceso.

Las explico seguidamente.

2.3.1.1. LA CAUTELA DE BIENES PARA ASEGURAR LA EJECUCIÓN FORZOSA DE UN DERECHO AÚN NO DECLARADO

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: el *embargo preventivo*, el *secuestro*, el *depósito judicial* de la cosa acerca de la cual se litiga y la *inhibición general.*

2.3.1.1.1. EL EMBARGO PREVENTIVO

Ya se adelantó *supra* que es el tipo de *cautela* que se hace *sobre bienes materiales* o *inmateriales*, agregando ahora que deben ser de *propiedad* o de *posesión* del embargado y que tiene por objeto su específica asignación al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa.

Desde el momento de la efectivización del embargo, el cautelado (ahora, *embargado*) puede continuar con el uso de la cosa (pues no se le quita la tenencia de ella, cual ocurre en el caso de secuestro), pero en calidad de *depositario judicial*[3], lo cual lo convierte en su guardador y, como tal, debe abstenerse de ejercer todo acto que disminuya su garantía (art. 466).

---

3 Lo que no le quita su carácter de propietario, gracias a lo cual puede, por ejemplo, usar natural y racionalmente de la cosa y venderla (CC, 1172 y 1179). Adviértase que esto es así en razón de que si la cosa perece, lo hace para el embargado, no para el embargante, quien puede volver a embargar lo que desee.

En la realidad, las diferentes leyes procesales regulan de manera diversa los posibles casos de embargo preventivo (por ejemplo, supuestos de contratos bilaterales, de créditos aún no constituidos por imputar el acreedor responsabilidad aquiliana al deudor, etc.), que no hacen a la esencia del instituto y que no pueden ser objeto de tratamiento en esta obra en la cual, además, he afirmado la necesidad de disponer con amplitud este tipo de cautela, a punto de obviar lo relativo a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora.

Véanse ahora los *presupuestos* del embargo preventivo: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general propio de todas las cautelas (ya visto *supra* en el # 2.1.1), es condición específica del embargo preventivo el conocimiento, por parte del embargante, de la existencia de bienes embargables de propiedad o posesión del embargado (arts. 277, 281 y arg. a contrario del art. 290). Caso contrario no hay razón alguna que justifique la emisión de esta cautela.

b) *El supuesto consecuente*

Este supuesto posterior del embargo varía según que, al momento de embargar, se encuentren o no bienes para hacerlo: 1) si los hay, quedan asignados al eventual pago de la deuda cuando ella sea cierta y el deudor no la abone espontáneamente; 2) si no los hay o si, habiéndolos, no alcanzan para cubrir la suma a embargar, se habilita la inmediata admisión de otra cautela que deberá ser solicitada ulteriormente y decretada de inmediato por el juez: la *inhibición general* (art. 290), que será tratada luego.

c) *Los requisitos generales para decretar el embargo preventivo*

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínsecos que mencionan nuestros códigos procesales en general.

No obstante, además de contracautela, el embargo preventivo requiere:

a) en caso de que el solicitante pretenda hacer efectivo el cumplimiento de un contrato bilateral, acreditar que ya lo ha cumplido por su parte o, en su defecto, prestar fianza de que lo cumplirá (art. 278);

b) en caso de que se pida en virtud de deuda sujeta a condición o pendiente de plazo, acreditar sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes o que ha disminuido notablemente su responsabilidad después de contraída la obligación (art. 278).

En todos los casos, las informaciones respectivas se producirán sin citación del deudor y pueden ofrecerse firmando los testigos el escrito del caso y ratificando sus firmas ante el actuario (art. 283).

Insisto en ello con relación al peligro en la demora y a la exigencia de comprobar previamente la verosimilitud del derecho que ampararía a ese embargo: ninguno de estos requisitos se justifica en el embargo preventivo, que supone, por esencia, que el bien embargado permanece en poder del deudor, sin sufrir desplazamiento alguno su tenencia actual (cosa que, como se verá, no ocurre en el caso de secuestro, en el cual la solución debe ser necesariamente otra).

En otras palabras: el embargo sobre bienes del deudor puede alterar la situación jurídica, tanto del deudor como de algunos de sus bienes pero, atención, en nada modifica la *situación de hecho* existente al momento de la traba de la cautela: después de ella, todo permanece igual que antes en el terreno fáctico de la realidad social.

De ahí que esta antiquísima cautela, sobre la cual se han elaborado todas las demás, es la que menos daño causa o puede causar al deudor. De ahí también la posición doctrinal que muestro en el texto.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos,* algunas referencias puntuales a temas relativos a la efectivización del embargo ordenado por el juez y que tienen que ver con:

c.1) *La naturaleza de los bienes a embargar*

El embargo preventivo puede ser ordenado respecto de pretensiones (demandadas o por demandar) (art. 277) relativas a obligaciones, tanto de *dar sumas de dinero* como de *dar cosas ciertas y determinadas* y, también, por obligaciones *de hacer*: por ejemplo, otorgar una escritura pública.

En los casos primero y tercero, el embargo debe ordenarse sobre bienes en general por un monto que se mencionará en el punto siguiente. En el caso referido a dar cosas ciertas y determinadas, el embargo debe ordenarse sobre la totalidad de ellas y, eventualmente para el supuesto de que no aparezcan al tiempo de trabarse la cautelar, sobre suma de dinero equivalente a su valor.

A tales fines, el juez libra un mandamiento de embargo que entrega a un oficial de justicia para su inmediato diligenciamiento, otorgándole en el mismo acto las facultades necesarias para el eficaz cumplimiento de la orden de cautelar.

a) El procedimiento para la traba del embargo preventivo se rige por lo dispuesto en los arts. 282 y 452 y ss.

En caso de embargo sobre dinero, ver procedimiento en el art. 470.

Los requisitos del acta de embargo están regulados por Ac CSSF del 01.02.53: "Hacer saber a los señores oficiales de justicia, que en el acta de embargo que confeccionen deberán preferentemente tener en cuenta las características del bien que se embarga, numeración, marca, estado, tamaño aproximado en caso de muebles y número de serie cuando se tratare de motores".

b) Si el embargo se traba sobre bienes de un tercero en el litigio, puede requerir su inmediato levantamiento comprobando su posesión actual (art. 324).

Si los bienes pertenecen a quien se dirige el embargo y se hallan en poder de terceros, debe seguirse el procedimiento establecido en el art. 462.

c) Cuando el embargo se traba sobre bienes que puedan deteriorarse o que sean de difícil o costosa conservación, puede peticionarse su venta en remate público (art. 472).

Tales facultades deben ser las suficientes para cumplir eficaz y eficientemente el mandato contenido en el respectivo mandamiento. De tal modo, debe contar con autorización expresa en su texto para allanar domicilio, solicitar el auxilio de la fuerza pública, los servicios de cerrajero, etc.

c.2) *El monto por el cual debe ordenarse el embargo*

El embargo sobre bienes en general decretado con motivo de cualquiera de los casos recién presentados, debe ser *siempre valuado en dinero*. Su monto debe ser razonable y suficiente pero no excesivo, limitándose a la suma necesaria para cubrir el total de la deuda, sus intereses y las eventuales costas estimadas prudencial y provisoriamente (art. 281).

Todo ello debe ser establecido siempre por el juez de la forma más objetiva posible, teniendo al efecto en miras el valor de venta eventual en subasta del bien embargado para que pueda alcanzar a cubrir el monto total del crédito reclamado y los accesorios recién mencionados.

En el supuesto de otorgamiento de escritura pública, debe calcularse el valor del coste que pueda insumir la respectiva escritura y su posterior registración.

En el caso referido a dar cosas ciertas y determinadas, el embargo debe ordenarse sobre su totalidad y, eventualmente para el supuesto de que no aparezcan al tiempo de trabarse la cautelar, sobre suma de dinero equivalente al valor venal de ellas.

c.3) *Las cosas sobre las que puede trabarse el embargo*

En general, puede trabarse embargo sobre toda clase de bienes acerca de los cuales no exista prohibición legal de hacerlo (no son embargables los bienes enumerados en el art. 469).

a) La Lp 4310 norma que las bonificaciones establecidas en la ley complementaria del presupuesto no pueden ser embargadas, cedidas o comprometidas a favor de terceros.

b) La Lp 8877 declara inembargable el seguro mutual de la Caja de Previsión Social de los Agentes Civiles del Estado.

c) Algunos ejemplos de inembargabilidad en la normativa nacional pueden verse en Cód. Civil, art. 374 (créditos alimentarios); art. 2076 (id.); art. 3878 (lecho cotidiano del deudor y su familia, ropa y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio); Cód. Com., art. 869 (buque); Ln 9511, 14443 y 18596 (porción de sueldos, jubilaciones y pensiones); Ln 13894 (sueldo de empleados públicos); DLn 13128/57 (inmuebles con préstamos para viviendas); Ln 20615 (bienes muebles), etc.

d) Son inembargables "los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público Provincial, Municipal y Comunal, ya sea que se trate de dinero en efectivo, depósitos en cuentas bancarias, títulos valores emitidos, obligaciones de terceros en cartera y en general cualquier otro medio de pago que sea utilizado para atender erogaciones previstas en el Presupuesto General de la Provincia, los municipios y comunas, son inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte de los titulares de los fondos y valores respectivos" (art. 8 Lp 7234 –Defensa en Juicio del Estado–, texto según Lp 12036).

Pero como no todos los bienes tienen la misma facilidad de realización cuando llegue el momento de tener que subastarlos, las antiguas leyes procesales establecían un estricto orden de prelación para trabar cualquier embargo (preventivo o ejecutivo)[4]; cosa que el juez debe tener siempre en cuenta cuando se trata de sustituir embargos, tema del que me ocuparé seguidamente.

c.4) *Las contingencias que puede sufrir el embargo durante el transcurso del pleito*

Desde el momento mismo de la traba del embargo hasta que sea menester subastar los bienes embargados, pueden existir diferentes contingencias que deben ser siempre reguladas por los códigos y que, sin embargo, éstos casi nunca hacen o no son claros respecto de todas ellas.

Congruente con lo dicho, un embargo puede ser:

c.4.1) *insuficiente*: debe ser ampliado por el juez a petición del embargante (art. 471). A este efecto, la ampliación debe responder a todos los presupuestos ya vistos respecto de las cautelas en general.

La interposición de tercería (arts. 320 y ss.) es fundamento bastante para ampliar el embargo (art. 281).

Como todo lo relativo a la pretensión del embargante de ampliar un embargo ya dispuesto (y trabado o no aún) es una *instancia de petición*, la ampliación del caso debe ser dispuesta *sin audiencia previa del embargado*, tal como se explicó antes en esta misma Lección.

Como se ha visto en la Lección 27, la impugnación que deduzca el embargante contra la decisión que no admite la ampliación es una *instancia de reacertamiento*, a cuyo procedimiento permanece siempre ajeno el embargado.

En cambio, la impugnación que haga el propio embargado tanto contra la decisión de embargar como contra la de ampliar el embargo inicial, es *instancia de*

4 Ver, por ejemplo, lo dispuesto en el CPC SFE, vigente desde 1880 hasta 1942, cuyo art. 826 dice: "El embargo de bienes se hará en el orden siguiente: 1) dinero efectivo; 2) alhajas, piedras o metales preciosos; 3) bienes muebles o semovientes; 4) bienes inmuebles; 5) créditos o acciones; 6) sueldos, salarios y pensiones".

acción procesal, a raíz de lo cual el embargante debe ser oído antes de que la alzada emita cualquiera decisión sobre el tema;

c.4.2) *excesivo*: debe ser reducido por el juez a petición del embargado.

Todo lo relativo a la pretensión del embargado de reducir un embargo ya trabado, es una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, la pretensión accidental de reducción (arts. 281 y 455) que se presente contra la orden de cautelar debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante.

En su caso, la caución otorgada para embargar debe ser reducida en la exacta proporción del embargo;

c.4.3) *trabado sobre bienes que son inembargables o que el embargado precisa disponer libremente*: debe ser sustituido por orden del juez a petición de cualquiera de las partes interesadas en la cautela.

Ver art. 285, salvo caso en que el embargo recaiga sobre bienes acerca de los cuales el acreedor goza de privilegio.

Todo lo relativo a la pretensión del cautelado de sustituir por otro un bien embargado (por la razón que fuere y que el juez evaluará al momento de decidir) constituye un *accidente procesal* (ver la Lección 21) incoado a raíz de la interposición de una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, dicha pretensión debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante;

c.4.4) *ilegítimo*, pues se trabó sin que se dieran los requisitos para ello: debe ser levantado de inmediato por el juez a petición del embargado.

Reitero aquí lo recién explicado en cuanto a la sustitución: todo lo relativo a la pretensión del embargado de levantar el embargo trabado es una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, dicha pretensión debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante.

c.5) *La duración del embargo*

Dos son las hipótesis a considerar en cuanto a este tema:

c.5.1) la primera refiere al *tiempo* en el cual se trabó la cautela:

A) si el embargo se ordenó sobre cualquier bien *antes* de haber sido presentada la demanda, dura el breve plazo de 15 días, dentro del cual el actor debe demandar (art. 286). La sanción por no hacerlo así es la caducidad del embargo que, en la mayoría de las legislaciones *opera de pleno derecho*, sin necesidad de petición alguna de parte ni de resolución del juez en tal sentido;

B) si, en cambio, el embargo se ordenó sobre cualquier bien *después* de haber sido presentada la demanda, dura todo el proceso y cambia a embargo ejecutivo por decisión judicial al comenzar la ejecución forzosa de lo sentenciado.

Además, cuando el embargo es ejecutivo y se anula la ejecución, se mantiene con carácter de preventivo y caduca si en 15 días no se reinicia la demanda (art. 481).

c.5.2) la segunda se relaciona con el *tipo de bien* embargado:

A) si el embargo se trabó sobre *cosa mueble no registrable*, su duración se extiende por todo el tiempo que dure el pleito hasta obtener el actor una sentencia firme y ejecutoriada que le posibilite la ejecución forzada del bien embargado;

B) en cambio, si se trabó sobre *bien registrable*, su duración no se extiende por todo el tiempo que dure la tramitación del pleito sino por el que autorice o tolere la respectiva ley registral, toda vez que la mayoría de ellas establece un plazo de caducidad de la cautela luego de pasado un tiempo prudencial.

A este efecto, debo recordar que no hay un registro único en *todo el país* para *todos los bienes registrables*, sino tantos como lo haya dispuesto el capricho del legislador en orden al tipo de bien de que se trate y al lugar donde ha situado el correspondiente registro con una competencia territorial a partir de allí.

En la Argentina, los registros más importantes que pueden mencionarse a guisa de ejemplo, son:

A) el de *bienes inmuebles*: los llamados desde antaño *Registros Generales* de inmuebles, de donde viene la denominación tradicional de este tipo de cautela denominado *inhibición general*. Hay por lo menos uno por Provincia y en la Capital Federal;

B) el de *sociedades comerciales* y de las respectivas tenencias accionarias de sus socios, que lleva el Registro Público de Comercio sito en cada Provincia (puede haber más de uno por lugar) y en la Capital Federal;

C) el de *automotores*, que funciona en muchas y diferentes ciudades del país;

D) el de *marcas y señales de semovientes* que funciona en algunas Provincias;

E) el de *marcas y patentes de invención*, que opera unitariamente en la ciudad de Buenos Aires;

F) el de *créditos prendarios*,

G) el de *naves de mayor calado*, que lleva la Escribanía de Marina sita en cada lugar que cuenta con puerto de aguas navegables;

H) el de *naves de menor calado*, a cargo de la Prefectura Nacional Marítima y Fluvial;

I) el de *caballos de pura sangre de carrera*: el llamado *Stud Book* que lleva el Jockey Club Argentino; etc.

Si bien se mira, un deudor puede disponer, vendiendo, cediendo o gravando, todos los bienes susceptibles de ser registrados en las reparticiones recién

mencionadas. De ahí la importancia de la inhibición, pues ella posibilita mantener incólume el patrimonio del deudor, al no poder efectuar la venta sin pagar la suma de dinero por la cual se trabó el embargo.

Por eso es que, luego de ordenado judicialmente el embargo, debe anotarse en uno, en varios o en la totalidad de los registros mencionados a fin de que la registración cumpla su cometido de tener efecto contra terceros.

Por otra parte, debe tenerse presente que cada una de las leyes que regulan el funcionamiento de todos estos registros puede establecer plazos de duración de la respectiva anotación. Y así funciona el tema en la realidad jurídica, pues la mayoría de las leyes que regulan la registración de cautelas en general (embargos e inhibiciones) establecen un plazo de caducidad para la respectiva registración que opera casi siempre de *pleno derecho* (es decir, sin necesidad de petición de parte interesada ni de resolución judicial alguna).

Por ejemplo, en el Registro General de la Propiedad Inmueble de SFE, la anotación de cualquier embargo o inhibición caduca a los cinco años contados desde la traba de la cautela.

> En lo que respecta a la *caducidad* de las medidas cautelares, la Ln 17801, 37 (conc. art. 65 de la ley 6435) prescribe: "Caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna, por el transcurso del tiempo que expresa este artículo o por el que, en su caso, establezcan leyes especiales: (...) b) Las anotaciones a que se refiere el inc. b del artículo 2 [embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares], a los cinco años, salvo disposición en contrario de las leyes"; consagrándose de esta forma el instituto de la denominada caducidad del asiento registral.
>
> Por su parte, la Lp 6435 (ref. Lp 11292), establece en su art. 65 que: "Caducan de pleno derecho por el mero transcurso del tiempo que expresa este artículo o por el que en su caso establezcan leyes especiales: 1) La inscripción de la hipoteca si antes no se renueva, al vencimiento del plazo legal; 2) La anotación de las medidas cautelares a los cinco (5) años, con excepción de las inhibiciones concursales u originadas en incapacidades civiles, para cuyo levantamiento debe mediar un mandato judicial expreso. Los plazos se cuentan a partir de la fecha de la toma de razón".

De tal modo, ella debe ser reinscrita *antes del vencimiento* de dicho plazo pues, caso de hacerlo luego, el cautelante pierde su original preferencia de cobro, tema que se verá luego.

Para terminar: todo lo precedentemente expuesto en este punto tiene singular importancia pues, desde siempre, estos temas están tratados legislativamente en el título referido al embargo y, no obstante, se aplican directa o supletoriamente a todos los demás tipos de cautela que veremos luego.

c.6) *Las ventajas y desventajas de ser cautelante sobre cosas registrables en general*

La traba de un embargo cualquiera hace que el embargante que carece de

privilegio alguno sobre el eventual producido de la venta de la cosa, goce de un derecho de cobro preferente frente a otro acreedor que tampoco ostenta privilegio.

Por ejemplo: si Pedro traba un embargo registral sobre la finca de Juan por la suma de mil pesos, cuando el bien se venda en dos mil y sobre tal precio concurra también a cobrar el acreedor Diego por la suma de tres mil pesos, cobrará primero Pedro sus mil y, el remanente lo cobrará Diego, sólo en lo que alcance. De ahí la importancia de ser *primer embargante* (art. 506).

> La prioridad del primer embargante sólo cesa en caso de concurso, y cede frente a la existencia de privilegios especiales (p. ej.: CC, 3883, 3884, 3887, 3888, 3891, 3892, 3893).

Pero ya se sabe que el registro tiene un plazo de caducidad que, en el ejemplo recién visto, es de cinco años. También se ha dicho que, antes del vencimiento de tal plazo, el interesado debe reinscribir su embargo (o inhibición).

De hacerlo así, el embargo guarda y mantiene la fecha del registro original. Pero caso contrario, en el supuesto de hacerse una nueva inscripción *luego de vencido el registro anterior*, el ahora embargante tendrá un lugar preferente de cobro sólo ante los acreedores que embarguen a partir de allí en adelante, pero no ante quienes anotaron su respectiva cautela antes de la reinscripción (por más que lo hayan hecho después de la anotación del embargo original que precisó de reinscripción).

Como se ve, si la duración de un pleito excede el plazo de cinco años, sólo se exige que el actor reinscriba su cautela con antelación al vencimiento de cada período, sin importar cuántas veces lo haga antes de poder ejecutar la sentencia que ordene la subasta del bien.

Téngase esto en cuenta cuando luego se trate de la inhibición general.

2.3.1.1.2. EL SECUESTRO

Es el tipo de cautela que se hace exclusivamente sobre *bienes muebles o semovientes* de propiedad o posesión del cautelado y que tiene por objeto su específica asignación al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (por eso es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa (art. 288).

Hasta aquí, el caso es exactamente igual al del embargo sobre cosa mueble. Sin embargo, éste es mucho más grave pues lo característico de esta cautela es que, desde el momento mismo de su efectivización, el cautelado *no puede continuar con el uso de la cosa* pues se lo *desposee* o, con mayor propiedad, se le *quita la tenencia* de ella.

Y esto ocurre mediante el simple procedimiento cumplido en el acto de la traba del embargo, de darle el oficial de justicia la tenencia de la cosa a un tercero que la recibe en calidad de *depósito*, siendo así responsable por ella como *depositario* a partir de entonces.

A raíz de esto, el cautelado no puede usar la cosa ni comportarse respecto de ella como si fuera su dueño, con lo cual –ahora sí– la cosa se inmoviliza de hecho en el tráfico comercial.

Conforme lo que se ha dicho hasta ahora, surge evidente que el secuestro es una *típica cautela para ejecutar un derecho ya declarado* por lo que, en principio, parece que no debe ser admisible con carácter preventivo (ver el # 2.2.1.2. donde menciono al *secuestro* como *embargo ejecutivo*).

Sin embargo, he preferido considerarlo en este grupo de cautelas pues, además de funcionar en forma *autónoma* (caso mencionado en el párrafo anterior) también lo hace como *complemento de otro tipo de cautela* y, a veces, como *sanción al embargado* que no cumplió fielmente con sus deberes de depositario.

Veamos los tres casos:

a) *Secuestro autónomo*

Opera como tal cuando la ley prevé en forma expresa que debe quitarse la tenencia de la cosa al deudor mientras dura el desarrollo del litigio, cual ocurre en los supuestos de ejecución de prenda con registro; de reivindicación de cosa mueble (CC, 2786); de edición de obra intelectual inédita considerada ilícita por su autor[5]; de pretensión en la cual la cosa a secuestrar constituye la materia misma del litigio actual o eventual, de donde resulta necesario preservar su integridad o evitar su uso por parte del tenedor actual (art. 188, 1ª parte; CPCN, 221)[6]; en infinidad de delitos penales; etc.

Como se ve, en todos estos casos el secuestro no exige un embargo previamente trabado: de ahí su autonomía.

5 Ln 11.723, 71: "Será reprimido con la pena establecida en el CPen, 12, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley". Art. 72: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, *además del secuestro de la edición ilícita:...*".

6 CPCN, 221: "Procederá el secuestro de bienes muebles o semovientes *objeto del juicio* siempre que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva".

b) *Secuestro complementario*

Opera como tal cuando, trabado un embargo preventivo sobre cosa mueble o semoviente de la cual ha sido designado como depositario judicial el mismo deudor cautelado, se teme que él no ponga el cuidado propio de su función respecto de la cosa embargada, con lo cual puede llegar a deteriorarse o a desaparecer (art. 288, 2ª parte).

> También es el caso del art. 465 (supuesto de intervención conservadora) que autoriza implícitamente el secuestro cuando aquella medida no bastara para la seguridad de los bienes cautelados.

Más allá de las responsabilidades civiles y penales (CPen, 173, 9º) que eventualmente pudieren corresponder al depositario, parece claro que el acreedor embargante tiene derecho a exigir el adecuado resguardo de la cosa y, a raíz de ello, el juez puede admitir el secuestro como complemento de un embargo cuando por sí solo no asegura el resultado de la sentencia que dicte en el pleito.

Pero tal decisión no es automática pues, para dictarla, debe hacer mérito de las circunstancias del caso y de las propias del embargado, tanto de las relatadas por el embargante como de las que surjan de las propias actuaciones. En otras palabras, debe verificar la *verosimilitud del derecho* invocado al efecto.

Esta afirmación no se contradice con la efectuada respecto del embargo: dije entonces que con tal tipo de cautela no se afecta la situación fáctica de la cosa ni la de la persona del embargado, pues continúa en el uso y goce de la cosa embargada.

En el caso del secuestro, por lo contrario, el cautelado sufre una clara afectación de su derecho de propiedad pues, nada menos, *se le quita la cosa.*

Parece evidente entonces que los recaudos judiciales deben ser diferentes en orden a disponer una u otra cautela.

Como se verá más adelante, en este tipo de secuestro considero incluido al que se cumple al tiempo de intentar la ejecución de un derecho ya declarado, para poder rematarlo y entregar su producido al acreedor.

c) *Secuestro sancionatorio*

Opera como tal cuando, ya trabado un embargo preventivo sobre cosa mueble o semoviente de la cual ha sido designado como depositario judicial el mismo deudor cautelado, se advierte que no ha puesto el cuidado propio de su función respecto de la cosa embargada, con lo cual puede llegar a deteriorarse o a desaparecer (art. 288, segundo caso).

Adviértase que en el caso anterior referí a la hipótesis de existencia de temor respecto de lo que pueda ocurrir en el futuro. En éste, no hay temor sino

afirmación de que ya no cumplió el depositario con las exigencias propias de su función, a raíz de lo cual puede generarse daño al acreedor.

Con esta salvedad, vale aquí lo recién explicado respecto de la verosimilitud del derecho exigible en el secuestro complementario.

También funciona como secuestro sancionatorio la cautela que ordena el juez para que una de las partes devuelva un expediente al tribunal o para que alguna de ellas o un tercero ajeno al juicio exhiban un documento necesario para la solución del pleito.

Finalmente, aunque no se las conoce con la denominación de *secuestros*, existen en el universo jurídico otras soluciones de esencia cautelar que, por sus consecuencias, pueden encuadrar perfectamente en el tema aquí desarrollado.

A guisa de ejemplo, menciono aquí a la interdicción de navegar[7], a la inmovilización de aeronaves[8], al otorgamiento provisional de alguna cosa mueble[9]. Los autores en general citan también como perteneciente a esta categoría a la entrega de inmueble (art. 517), cosa que no puedo compartir pues parece claro que ello es una simple anticipación de una sentencia que no se ha dictado.

Veamos ahora los *presupuestos* del secuestro: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia del *secuestro* que lo autorice el legislador previamente

7 Ver, por ejemplo, la Ln 20.094, 482: "Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes, salvo los derivados de un contrato único de ajuste, que concurren dentro de su categoría, con los demás originados en el último viaje". Y art. 539: "El embargo se practicará mediante oficio que debe librar el juez embargante a la autoridad marítima, a los efectos de su anotación en los respectivos registros. Si se trata de un buque de matrícula nacional, su salida debe ser impedida si se dispone la interdicción de navegar. *Esta última medida se encuentra implícita en el embargo que se dicte contra un buque de bandera extranjera.* A pedido de parte, el tribunal puede disponer el inventario de las pertenencias del buque".

8 Ver, por ejemplo, CAero, 73: "El embargo traerá aparejada la inmovilización de la aeronave en los siguientes casos: 1) cuando haya sido ordenado en virtud de ejecución de sentencia; 2) cuando se trate de un crédito acordado para la realización del viaje y aun cuando la aeronave está lista para partir; 3) cuando se trate de un crédito del vendedor de la aeronave por incumplimiento del contrato de compraventa, inclusive con los contratos celebrados de conformidad con los artículos 42 y 43 de este código".

9 Ver, por ejemplo, el CPCN, 616: "Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida".

y en abstracto en orden a la naturaleza del crédito, o que un caso concreto pueda motivar la decisión de un juez para disponer la desposesión de un bien como complemento de un embargo o como sanción al embargado (art. 288).

Todo ello es fácilmente comprensible: se trata nada menos que de interferir abruptamente en el normal ejercicio del derecho de propiedad, que autoriza al uso de la cosa, impidiéndolo el juez por la sola petición de quien se dice acreedor del demandado.

b) *El supuesto consecuente del secuestro* siempre es el mismo: al haber sido privado el cautelado de la tenencia de la cosa, no puede disponer de ella hasta tanto le sea devuelta por haber ganado el pleito o por haber otorgado otra garantía suficiente a juicio del acreedor para cubrir sus expectativas de cobro[10].

c) *Los requisitos generales para decretar el secuestro*

Además de los requisitos ya vistos en el # 2.1.3., hago expresa mención en este punto de la necesidad de que el juez considere –aunque unilateralmente, pues no hay otra forma de hacerlo– la existencia de verosimilitud del derecho y, cuando se trata de un secuestro complementario, de la existencia de peligro en la demora.

2.3.1.1.3. EL DEPÓSITO JUDICIAL DE COSA A DEMANDAR O YA DEMANDADA

El caso aquí presentado ya sido subsumido en el secuestro, como una de sus variantes específicas.

No obstante, lo incluyo por separado en esta nómina genérica de cautelas pues CPC SFE no lo legisla como tal sino que lo presenta como una de las formas mediante las cuales el actor puede *preparar un juicio declarativo* (art. 390, 3°).

Hecha esta salvedad, doy por reproducido aquí todo lo expuesto en el punto precedente, en cuanto sea compatible.

2.3.1.1.4. LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES

Es el tipo de *cautela* genérica que se hace en defecto de un embargo, por no conocer el embargante bienes libres o embargables o suficientes de su deudor

10 En general, se cree que es al juez a quien le toca decidir soberanamente acerca de la suficiencia de una contracautela. A poco que se piense mínimamente en el asunto, se advierte que no puede ser así: sólo el cautelado sabe cabalmente cuál es o puede saber la exacta medida de su daño. Acepto que por razones de índole práctica y en tanto la cautela se trate como instancia unilateral, sea el juez quien aprecie la magnitud de la caución. Pero ello debe ser sólo provisoriamente y hasta tanto la cifra contracautelada conforme al interesado, quien podrá pedir en cualquier tiempo la mejora de la caución (de cualquier tipo) otorgada.

para poder trabarlo (art. 290), a fin de que él no pueda disponer eventualmente de ellos sin pagar antes la deuda o sin dar caución al efecto.

Veremos ahora los *presupuestos de la inhibición general de bienes* que, en rigor de verdad, es una inhibición que *no es general* pues sólo alcanza a algunos bienes de registro obligatorio, en la medida que la cautela se inscriba en el lugar respectivo, ya que hay varios en correspondencia con los diferentes tipos de bienes registrables.

Ya he mencionado en el # 2.3.1.1.1. algunos registros de los que existen en Argentina. A lo allí dicho me remito ahora.

De ahí que, ordenada judicialmente la inhibición general de bienes, la cautela deba anotarse en uno, en varios o en la totalidad de los registros mencionados a fin de que la registración cumpla su cometido de tener efecto contra terceros.

Veamos ahora los *presupuestos* de la inhibición: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la inhibición general el desconocimiento, por parte del cautelante, de la existencia de bienes embargables de propiedad o posesión del embargado (art. 290). Caso contrario, procede el embargo y no esta cautela.

b) *El supuesto consecuente*

Es siempre el mismo en todos los casos de bienes registrables: el deudor no puede disponer del bien respecto del cual se anotó la inhibición en el correspondiente registro sin abonar previamente la deuda o dar garantía de su pago.

Finalmente, debe quedar en claro que los bienes no registrables no son ni pueden ser objeto de esta cautela.

c) *Los requisitos generales para decretar la inhibición general*

A lo ya visto en general en el # 2.1.3., agrego ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, algunas referencias puntuales a temas relativos a la efectivización de esta cautela ordenada por el juez y que tienen que ver con:

c.1) *El monto por el cual debe trabarse la inhibición*

Rige aquí lo dispuesto en similar punto recién desarrollado respecto del embargo preventivo.

Y el cálculo de intereses y eventuales costas debe hacerse con cuidado pues si el deudor quiere vender el bien registrado y se encuentra impedido de hacerlo por la inhibición sufrida, vende de cualquier manera siempre que ordene al escribano actuante que retenga del precio a recibir una cantidad de dinero igual a la de aquélla por la cual se practicó la inhibición y la deposite judicialmente en el tribunal que ordenó la traba de la cautela.

c.2) *Las contingencias que puede sufrir la inhibición de bienes durante el transcurso del pleito*

Cabe hacer aquí las mismas consideraciones efectuadas *supra*, respecto del embargo preventivo, al tratar tema similar.

c.3) *La duración de la inhibición trabada*

Ya se ha visto antes que muchas de las leyes que regulan el registro de inhibiciones establecen un plazo de caducidad para la cautela registrada, que hacen operar casi siempre *de pleno derecho* (es decir, sin necesidad de petición de parte interesada ni de resolución judicial alguna).

Reitero el ejemplo ya dado: en el Registro General de la Propiedad Inmueble de SFE, la inhibición caduca a los cinco años de la traba de la cautela (Lp 6435, 65). De tal modo, debe ser reinscrita *antes del vencimiento* de dicho plazo pues, caso de hacerlo luego, el cautelante pierde su original preferencia de cobro frente a otro acreedor con embargo o inhibición posterior.

Debe quedar en claro ahora que, mientras lo haga en tanto dure el pleito, puede reinscribir la inhibición cuantas veces quiera. Empero, es discutible que pueda hacer lo mismo después de que el pleito haya sido sentenciado en el caso de que el acreedor no hubiera logrado embargar bienes para percibir su acreencia ya declarada en la sentencia, pues se sostiene que la inhibición está condicionada –para futuras reinscripciones– por la prescripción de la *actio judicati* (CC, 4023).

2.3.1.2. LAS CAUTELAS QUE POSIBILITAN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE UN DERECHO YA DECLARADO

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: el *embargo ejecutivo*, la *intervención recaudadora* y la *inhibición general*.

Todas se verán seguidamente.

2.3.1.2.1. EL EMBARGO EJECUTIVO Y LA DESPOSESIÓN DEL BIEN EMBARGADO

Ya se verá en la Lección respectiva que, salvo alguna rara excepción (ver Ln 24.441, 52 y ss.) que no es aceptada por la doctrina, en América latina *no hay ejecución* propiamente dicha, toda vez que el llamado *juicio ejecutivo* (al cual se accede con un *título ejecutivo*) es, en esencia, un juicio sumario vulgar y silvestre pero con defensas, plazos procesales e impugnaciones restringidas.

No obstante, todos los códigos del continente refieren que, a la iniciación del juicio ejecutivo, debe ordenarse un *embargo ejecutivo* en los bienes del deudor (art. 452) para posibilitar su inmediata subasta cuando la sentencia del caso ordene *llevar adelante la ejecución.*

Pero cuando así lo hacen, remiten en lo procedimental al trámite propio de la traba del *embargo preventivo* del cual éste se diferencia legalmente sólo en que debe haber intimación previa de pago antes de la traba del embargo (art. 282).

No obstante ello, sistémicamente hay otra diferencia: el embargo ejecutivo debe ser seguido de inmediato secuestro o ser suplantado directamente por éste, pues no se concibe racionalmente que una ejecución procesal pueda proseguir hasta la sentencia sin que hayan bienes prontos a subastar.

Hechas estas salvedades, rige respecto del tema todo lo dicho en cuanto al embargo preventivo, a cuyo texto remito al lector.

2.3.1.2.2. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN GENERAL

Jurídicamente, la palabra *intervención* refiere a la vigilancia y control de algo por parte de la autoridad y, en general, esta actividad está regulada de diversas maneras en el derecho privado y, muy particularmente, en la ley comercial, donde siempre se la vincula con algunos tipos societarios.

Ya se verá luego que la intervención ordenada por los jueces –*intervención judicial*– puede ser *recaudadora, veedora* o *informadora* y *administradora.*

Si bien se miran estas variedades de intervención, y salvo la última mencionada, no son en sí mismas *cautelas procesales.* Y particularmente la que se tratará de inmediato.

Tanto es así que CPC SFE no la legisla o lo hace en el capítulo correspondiente a la ejecución de la sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo (art. 467), como medio complementario para ejecutar un derecho ya declarado cuando no hay bienes embargados suficientes para subastar.

No obstante ello, la doctrina en general de todo el continente la presenta como una cautela y algunos códigos vigentes así la legislan (por ejemplo, el CPCN, 222[11] y Ln 19550, 113 y ss.).

11 La norma dice así: "Además de las medidas cautelares de intervención o administración judiciales autorizadas por las leyes sustanciales, que quedan sujetas al régimen establecido para ellas, podrán disponerse las que se regulan en los artículos siguientes".

Toca ahora hacer genérica referencia a los requisitos mínimos de todos los tipos de intervención pues los que se han visto ya con detenimiento en el # 2.1.3., no resultan aplicables a las cautelas que refieren a derechos ciertos y ya declarados, toda vez que aquí hay *ejecución* y no *prevención.*

Sin perjuicio de ampliar el tema respecto de cada una de sus variedades, toda intervención debe:

1) ser decretada con criterio restrictivo y en caso de extrema gravedad, cuando sea claro para el juez actuante que están burlándose los derechos del cautelante;

2) designar como interventor a persona por completo ajena a la entidad intervenida e idónea al efecto, ostentando los conocimientos necesarios para cumplir eficientemente su cometido;

3) definir claramente la misión encomendada, estableciendo su duración y los límites de actuación que debe respetar escrupulosamente el designado;

4) fijar el monto de la contracautela que el caso requiera;

5) autorizar expresa y prudentemente el monto de los gastos que puede ocasionar la intervención;

6) establecer las fechas en las cuales el interventor deberá informar al tribunal acerca del cumplimiento de las tareas encomendadas.

2.3.1.2.2.1. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL RECAUDADORA

Veamos ahora la *intervención recaudadora,* que sitúo en esta Lección entre las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado y no en el primer grupo, pues afirmo enfáticamente que no puede ser decretada preventivamente a base de derechos todavía inciertos[12].

Así presentado el tema, veamos ahora los *presupuestos* de este tipo de intervención judicial: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

12 En anterior oportunidad, comentando la norma del art. 467 (v. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, con concordancias explicadas,* (ed. Rubinzal Culzoni, 2002), sostuve que "la intervención puede ser decretada preventivamente". Una detenida meditación sobre el tema después de ver los inconvenientes de grosera injusticia que dicha opinión ha causado a particulares en el curso de muchos años, creo que he sostenido un error. De ahí que, además de reconocerlo aquí públicamente, diga ahora –como lo afirmo en el texto– que la intervención recaudadora no debe ser decretada preventivamente pues con ello se prohíja muchas veces inescrupulosa coacción al deudor que sale a pagar lo que no debe para no sufrir un mal mayor.

a) *El supuesto precedente*

Conforme ya se vio *supra* en el # 2.1.1., el supuesto de este tipo de cautela no intenta preservar la eventual ejecución de un derecho aún incierto sino la de posibilitar la ejecución de un derecho ya cierto y determinado por sentencia (título *ejecutorio*) o por la ley (título *ejecutivo*).

De ahí que el supuesto propio de la intervención judicial recaudadora es el de que no haya bienes embargables o que, habiéndolos, sean insuficientes para cubrir con el producido de su subasta el crédito ya declarado del acreedor. Y, además, que el deudor tenga comercio, industria, arte o profesión que le posibilite un ingreso constante o periódico de dinero (sin importar que sea permanente o temporal), del cual pueda tomarse cada tanto tiempo una parte para destinarla al pago de la deuda hasta saldarla (art. 467).

A este preciso efecto es que el juez ordena que un *interventor* haga esa recaudación en su nombre (por eso es *interventor judicial*) y para el asunto en el cual fue decretada y realizada su designación.

Por cierto, el juez debe mostrar extrema prudencia al ordenar librar el respectivo mandamiento, estableciendo la medida de la recaudación y la forma de efectuarla, pues cualquier exceso en ello puede generar ingente daño al deudor.

b) *El supuesto consecuente*

Si la orden se cumple normalmente y no se daña en exceso al deudor, gracias a lo cual la intervención se cumple con éxito en la forma que fuera ordenada, el interventor depositará en los autos, y con la periodicidad establecida en el mandato de intervención, la correspondiente cantidad de cada extracción a la caja intervenida hasta saldar la acreencia original y los gastos propios de la intervención.

De ahí que el supuesto consecuente consiste en la percepción por el acreedor del total de su acreencia en un cierto tiempo, que puede ser más o menos dilatado según fuere el importe adeudado y la magnitud de los ingresos del deudor.

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención recaudadora*

Sin perjuicio de lo recién expuesto, es requisito específico de este tipo de intervención que se haya efectuado fehacientemente una previa intimación cierta al deudor ya declarado como tal para que pague la deuda líquida y exigible, por cuya cantidad se decretará la intervención si deja vencer el plazo acordado para pagar y no la abona.

De cualquier manera, resta agregar que este tipo de cautela es improcedente cuando puede trabarse embargo registral, ordenarse depósito de la cosa o su secuestro: adviértase que la intervención siempre es una medida subsidiaria de

otra y que debe autorizarse sólo cuando ésta no alcanza para lograr la percepción del crédito cuyo cobro se persigue.

2.3.1.2.3. LA INHIBICIÓN GENERAL

El tema ya ha sido tratado en el # 2.3.1.1.4., a cuyo texto remito al lector en razón de que la inhibición general es siempre cautela supletoria de un embargo, sea éste preventivo (art. 290) o ejecutivo (art. 464).

2.3.1.3. LA CAUTELA DE COSAS PARA MANTENER EL *STATU QUO* MIENTRAS SE DISCUTE SOBRE ELLAS

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado, son: la *intervención judicial controladora* o *informativa* y la *intervención judicial administradora.*

Ambas se verán seguidamente.

2.3.1.3.1. LA INTERVENCIÓN CONTROLADORA O INFORMATIVA

Ya se ha visto en el # 2.3.1.2.2., que este tipo de intervención no es en sí mismo una *cautela procesal* pues no tiende a asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia de condena que sea favorable al cautelante ni la posibilidad de éste de debatir procesalmente en situación de igualdad con el cautelado.

Tanto es así que CPC SFE ni siquiera menciona a esta variedad de intervención en la nómina de las cautelas, no obstante hallarse contemplada desde antaño en la ley comercial con la finalidad de asegurar los derechos de los socios que no administran una sociedad y que no están conformes con su funcionamiento merced al manejo que hacen los administradores de los bienes sociales (Ln 19550, 115).

De tal modo, el socio cautelante puede tomar oportuno conocimiento de lo que antes desconocía y, así, llegar a hacerse oír en el seno social a raíz de que el juez controla la administración por medio de un interventor *veedor* o *informante*.

Sin perjuicio de lo recién expuesto, tanto doctrina como jurisprudencia han extendido los efectos de este tipo de intervención a otros casos no precisamente societarios. Y lo han hecho bien, pues la autorizan a fin de preservar los derechos de terceros a raíz de pretensiones promovidas por éstos contra una sociedad (caso, por ejemplo, de herederos de un socio para resguardar su participación o para determinarla; los derechos de un cónyuge en juicio de divorcio para que su porción de bienes gananciales con un socio de la sociedad no pueda ser burlada; etc.).

Finalmente, este tipo de intervención es idónea para controlar el fiel cumplimiento de una prohibición de innovar.

Veamos ahora los *presupuestos* de la intervención veedora o controladora: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la intervención controladora el que se tema o sospeche que los administradores de una sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en grave peligro (por ejemplo, demora en la confección y presentación de balances, falta de convocatoria a asambleas, alteración de libros de comercio, omisión de llevar contabilidad regular, etc.).

b) *El supuesto consecuente*

Mediante esta vía y merced a la igualdad procesal que brinda el proceso al cautelante respecto del cautelado, aquél podrá contar en su momento con elemento suficientes para pretender respecto de la sociedad o de sus administradores, particularmente cuando intenta demandar la remoción de éstos.

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención controladora o informativa*

A lo ya visto en general en los # 2.1.3. y 2.3.1.2.2., agrego ahora, y en cuanto a la verosimilitud del derecho, que el juez debe extremar nuevamente su prudencia en el caso pues se trata, nada menos, que de entronizar a un tercero en el seno de una sociedad que, como auxiliar de la justicia que es, verá todo para informar a la autoridad controladora quien, a su vez, pondrá lo informado en conocimiento del cautelante a fin de que él proceda a voluntad.

Cuando se trata de intervención a una sociedad por petición de un socio, es menester que acredite cabalmente su condición de tal, que agotó los recursos acordados al efecto en el contrato social y que ya haya demandado la remoción de los administradores de sociedad comercial (Ln 19550, 114)[13] o de sociedad civil (CC, 1684).

2.3.1.3.2. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRADORA

Ya se dijo en el # 2.3.1.2.2. que esta variedad de intervención es la única que ostenta verdadera naturaleza cautelar pues posibilita el mejor funcionamiento de una sociedad intervenida.

13 Ver Ln 19.550, 114: "El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción. El juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo".

Consiste en el reemplazo provisional del administrador natural de la sociedad, asociación o ente colectivo por un funcionario investido al efecto por el juez con el cargo de *administrador judicial.* Como tal, el interventor no actuará como representante natural de la sociedad sino como mandatario del juez, quien le brinda todas las directivas del caso.

Dada la extrema gravedad de esta cautela, que desplaza a los normales administradores de un ente para colocar a otro en su lugar, se hace tolerable que la figura sea reemplazada por la de un *coadmnistrador* designado al efecto por el juez para actuar junto a quien ejerce la administración conforme al estatuto social.

Veamos ahora los *presupuestos* de la intervención administradora: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de toda cautela ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la intervención administradora el conocimiento y la afirmación, por parte del cautelante, de la existencia de irregularidades graves en la administración de un ente colectivo, con lo cual se diferencia de la intervención controladora en tanto ella no exige la *gravedad* que sí requiere ésta.

b) *El supuesto consecuente*

Con esta intervención, el cautelante logra el desplazamiento del órgano administrador y su reemplazo por funcionario judicial.

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención administradora*

A lo ya visto en general en los # 2.1.3. y 2.3.1.2.2., agrego ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos,* puntual referencia al tema relativo a la efectivización de este tipo de intervención: debe ser decretada con criterio particularmente restrictivo y en caso de extrema gravedad, cuando sea claro para el juez actuante que están burlándose los derechos del cautelante por quienes administran la sociedad comercial.

Conforme con ello, y a título de ejemplo, procede cuando: a) se lleva una contabilidad social de tal modo que se impide el derecho de control por parte de los socios ajenos a la administración; b) existe grave conflicto entre los socios que demuestre la pérdida de la *affectio societatis*; c) no se confecciona balance o no se convoca a asamblea a los socios; d) el presidente o alguno de los socios ha asumido de hecho y unilateralmente la administración social; etc.

Sin perjuicio de todo ello, parece claro que obvias razones aconsejan extender esta variedad de intervención a consorcios de propiedad horizontal y a bienes que se encuentran en condominio o en indivisión hereditaria.

2.3.2. LA CAUTELA DE DERECHOS INCIERTOS PARA MANTENER EL *STATU QUO* MIENTRAS SE DISCUTE SOBRE ELLOS

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado, son: la *prohibición de innovar*, la *prohibición de contratar* y la *anotación registral del litigio.*

Todos se verán seguidamente.

2.3.2.1. LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR

Castizamente, *innovar* es introducir novedades en alguna cosa, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar.

Este tipo de cautela tiene su fundamento en la necesidad de mantener el estado actual de ciertas cosas o situaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas, de donde resulta la prohibición judicial al cautelado para innovar a su respecto o, lo que es lo mismo, la prohibición de efectuar actividad que pueda cambiarlas en detrimento del eventual derecho del cautelante.

Veamos ahora los *presupuestos* de la prohibición de innovar: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la prohibición de innovar (art. 289) la de que una de las partes en litigio pretenda avanzar sobre la otra mediante la alteración unilateral de la situación fáctica o jurídica de la cosa acerca de la cual se discute o discutirá, mediante la utilización de vías de hecho que ocasionen a quien las sufre un claro estado de desigualdad en el proceso ya pendiente o por ser incoado para resolver el litigio.

Los casos son simples: si alguien, por ejemplo, intenta por vías hecho la clausura de una servidumbre de paso para impedir al titular del fundo servido su paso por el fundo sirviente, puede llegar a colocarse en situación de ventaja para realizar cualquier tipo de negociación que conduzca, por ejemplo, a una eventual transacción, parece razonable que pueda impedirlo judicialmente hasta tanto se discuta acerca del derecho de efectuar el cerramiento; el actor sostiene que en un terreno propio su vecino pretende levantar una casa, a raíz de lo cual intenta impedir la obra hasta tanto se elucide de quién es la propiedad del terreno en discusión; etc.

b) *El supuesto consecuente*

Cumplida exitosamente la cautela, el cautelado debe abstenerse de alterar el estado de la cosa litigiosa so capa de incurrir en delito del derecho penal:

desobediencia judicial (CPen, 239)[14], gracias a lo cual el debate procesal se efectúa a partir de ella en términos de igualdad que no se hubiera conseguido sin la orden del juez emitida a tal efecto.

Por supuesto, la prohibición de innovar debe mantenerse incólume durante todo el tiempo que insuma la tramitación del litigio hasta tanto haya sentencia firme y ejecutoriada respecto de la pretensión que lo originó.

Cabe sostener final y enfáticamente, que esta cautela sólo puede tener como objeto la efectivización de una obligación de *no hacer* y de ninguna manera una de *hacer,* toda ver que mediante ésta no se preserva el estado de la cosa sino que necesariamente se lo cambia.

c) *Los requisitos generales para decretar la prohibición de innovar*

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito al lector.

En otras palabras: destaco aquí que no guardo reservas para este caso respecto de la aplicación de los requisitos relativos al peligro en la demora y a la verosimilitud del derecho.

Y es que este tipo de cautela perturba grandemente la esfera de libertad de las personas y le prohibe hacer ciertas cosas por la sola petición de alguien que afirma unilateralmente tener un derecho que aún es incierto.

Por eso, en preciso homenaje a ello, es que algunos códigos exigen, como requisito actual de ineludible cumplimiento por el juez actuante, que haya *proceso actual ya pendiente* (y no eventual) sobre la cosa respecto de la cual se dictará la orden de no innovar, pues las exposición de los hechos efectuada en la demanda (con mayor razón si ya existe contestación a ella) muestra mejor la verosimilitud del derecho en litigio y hace más tolerable la actuación cautelar de naturaleza unilateral.

Ello es plenamente exigible cuando se trata de atacar una actuación administrativa que, como tal, goza de *presunción legal de legitimidad.* De ahí que el juez deba extremar su cuidado para verificar la manifiesta arbitrariedad o ilegalidad del acto atacado a fin de impedir sus efectos por la vía de esta cautelar.

Pero hay un requisito más que es propio de esta cautela: aquí se exige además que, al momento de ser notificada al cautelado la correspondiente orden de no innovar, no haya procedido éste a efectuar con antelación a tal momento la innova-

14 CPen, 239. "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal (texto conforme a la ley N° 23.077)".

ción temida por el cautelante. Parece obvio que, en tales circunstancias, la orden no puede ser cumplida por ser ya de imposible acatamiento.

Sin embargo, si se comprueba que la alteración de la situación litigiosa ha sido hecha después de ordenada la cautela pero antes de su notificación al cautelado (con conocimiento de éste de las actuaciones judiciales), procede una nueva orden: la de poner las cosas en el estado en el cual se encontraban con anterioridad, por obvio resguardo del derecho oportunamente deducido por el peticionante y de la seriedad con la cual debe ser acatada la actuación judicial para resultar eficaz a la postre.

Para terminar: esta verdadera *innovación* que ordenará el juez para destruir lo hecho a fin de volver al estado anterior de la cosa *no es* la llamada doctrinalmente *medida innovativa* que trataré luego en el # 3.3.2.1.

2.3.2.2. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Es ésta una de las formas que puede exhibir la prohibición de innovar (art. 289) (CPCN, 231), que desde siempre refiere a alteraciones fácticas de cosas existentes en la realidad de la vida.

Pero cabe recordar ahora que recién expliqué que el alcance de tal prohibición puede referir también a lo jurídico y allí es donde, precisamente, encuadra esta particular prohibición: la de hacer determinados contratos respecto de ciertas cosas.

Por ejemplo, no vender, no gravar, etc., lo que muestra el carácter verdaderamente excepcional de la cautela en trato.

En tales circunstancias, parece obvio señalar que se aplican al caso todas las consideraciones vistas en el número precedente.

Finalmente: para hacer efectiva la cautela cuando refiere a contratos relativos a bienes inmuebles, debe ser anotada en la correspondiente repartición registral.

2.3.2.3. LA ANOTACIÓN REGISTRAL DEL LITIGIO

Conocida también desde antaño como *anotación de litis,* este tipo de cautela siempre se circunscribe sólo a *bienes registrables*, muebles o inmuebles, en tanto la pretensión que la origine tenga como consecuencia una modificación en el correspondiente registro (art. 276).

Veamos ahora los *presupuestos* de la anotación de litis: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de ésta la obtención de adecuada publicidad frente a terceros del litigio en el cual se ordena, a fin de que un eventual comprador de la cosa litigiosa conozca antes de adquirirla que su dominio es objeto de discusión entre el cautelante y el cautelado.

b) *El supuesto consecuente*

Si la cautela funciona adecuadamente, el cautelante podrá oponer al tercero comprador de la cosa litigiosa, y en su oportunidad, el eventual resultado favorable de la sentencia que obtenga respecto del bien registrable de que se trate. De tal forma, dicho comprador no podrá alegar entonces buena fe (CC, 2362) frente a aquél para sostener, como tercero en el pleito, la inoponibilidad de tal sentencia.

c) *Los requisitos generales para decretar la anotación de litis*

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínsecos que mencionan nuestros códigos procesales en general. Quede en claro, así, que no cabe exigirlos en el caso.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos,* referencia puntual similar a la ya mencionada respecto de la prohibición de innovar. Su admisión exige la existencia de un proceso ya pendiente, lo cual descarta que pueda ser peticionada antes de ser presentada la demanda (cual ocurre en los casos de embargo e inhibición general de bienes).

2.3.3. LAS CAUTELAS QUE PROTEGEN A LAS PERSONAS QUE LITIGAN O QUE PRETENDEN HACERLO

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado, son: la *guarda* (o depósito) *de persona,* el *otorgamiento de carta de pobreza* y la *prestación de fianzas.*

Estas dos últimas no son reconocidas como *cautelas* en la habitualidad de la doctrina. Sin embargo, participan de todos los caracteres genéricos de éstas, ya vistos *supra,* toda vez que son accesorias, provisionales, mutables, caducables y unilaterales, aunque a veces algunas aparezcan en la ley como bilaterales.

Las explico.

2.3.3.1. LA PROTECCIÓN DE PERSONA

Esta antigua cautela se conocía en muchas leyes del pasado como *depósito de persona.* En una de sus varias acepciones, la palabra *depósito* significa la

colocación de un bien o de un objeto de valor en guarda y bajo la custodia de una persona o de una entidad que debe responder de ellos. Por extensión, aunque equivocadamente, se denomina *depósito de persona* a la colocación que se hace de ella en lugar donde se la cuide. De ahí la corrección del empleo de la voz *guarda* que utilizan las leyes modernas.

Con mayor especificación, y con los giros propios del pasado, esta cautela era mencionada legislativamente como *depósito de mujer casada en casa honesta.*

Hoy, los códigos modernos consideran a este tipo de cautela como propio de un género mayor: el de *protección de persona* (arts. 291 a 297). Y así, la mayoría de las leyes vigentes refieren a la *guarda* o *internación* de:

1) mujer que intenta o se propone intentar o contra quien se ha deducido demanda de divorcio, de nulidad de matrimonio o querella de adulterio (art. 291, 1°);

2) mujer menor de edad que intenta contraer matrimonio, ingresar a comunidad religiosa o ejercer determinada actividad, todo en contra de la voluntad de los padres, tutores o curadores (art. 291, 2°);

3) menores o incapaces que son maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a cometer actos ilícitos o deshonestos o reprobados por las leyes o la moral o que estén expuestos en virtud de ello a graves riesgos físicos o morales (art. 291, 3°);

4) incapaces abandonados o sin representantes legales o, teniéndolos, cuando ellos están impedidos de ejercer sus funciones (art. 291, 4°);

5) incapaces que están en pleito con sus representantes legales en tanto se controvierta en el respectivo litigio la patria potestad, la tutela, la curatela o los efectos de cualquiera de ellas (art. 291, 5°);

6) hijos menores de un matrimonio en pleito de divorcio o separación (CC, 231);

7) presunto insano que se considera peligroso para sí o sus semejantes (art. 291, 4°).

Aunque no se trata propiamente del caso en estudio, parece que sus condiciones deben ser extendidas a las hipótesis de guarda de *restos humanos* cuando se plantean pleitos entre familiares sobre el derecho a tenerlos o sobre domino de sus tumbas.

Veamos ahora los *presupuestos* del depósito de persona: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la protección de persona la simple posibilidad de

que corra peligro en su vida, libertad de actuar, salud o bienestar a raíz de un litigio en el cual se discuten o discutirán relaciones familiares o parafamiliares, que la experiencia recurrente demuestra que subjetivizan el debate hasta llegar a insospechados grados extremos.

b) *El supuesto consecuente*

Con la cautela se logra de inmediato sustraer a la persona que se guarda de presiones físicas o morales a que puede hallarse expuesta por parte de quien ejerce la patria potestad, tutela o curatela.

Con ello se logra, además, la plena libertad de actuar de quien ha sido protegido pues, al no convivir con quien puede causarle daño como consecuencia de la cautela, posibilita el desarrollo del proceso en términos de normalidad discursiva.

Además, muchas veces se consigue el mantenimiento de la paz familiar, lo cual es de la mayor importancia para la corriente doctrinal que integro y que sostiene que la finalidad principal de la actuación de los jueces es precisamente ésa.

En el caso de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, este supuesto lleva anejo el que deba hallarse lugar para que la mujer pueda vivir libre de presiones mientras dura el curso del pleito. A tal efecto, el juez debe determinar quién de los cónyuges ha de abandonar el domicilio conyugal.

c) *Los requisitos generales para decretar el depósito de persona*

Este tipo de cautela escapa a alguna de las condiciones generales del resto de ellas. Si bien deben respetarse –y aquí más que en todos los demás casos– los requisitos de *verosimilitud del derecho* y de la existencia de *peligro en la demora*, en las hipótesis en las cuales esta variedad de cautela refieren a las relaciones matrimonial y paterno-filial, se logra la natural y obvia consecuencia de instalar en ellas una profunda grieta afectiva muy difícil de superar luego. De ahí que los jueces deben extremar su cuidado y prudencia al decretarlas.

A este efecto, creo que nada obsta a la protección que se pretende lograr con el depósito o la internación el que se acepte como requisito actual la realización de una breve audiencia previa de quien sufrirá sus efectos inmediatos, tanto como para que no se vea sorprendido con una inesperada orden de desalojo de su propio domicilio o con la noticia de que se rompe la unidad de la familia al tener que aceptar sin más la ingrata sorpresa de que una hija se aleja del hogar donde todos conviven hasta ahora.

También, debe ordenarse entregar a la persona depositada sus ropas, útiles y muebles de su uso o profesión y, también, que se disponga el pago de alimentos durante el tiempo de la guarda.

Finalmente, como requisito propio de esta especie de cautela se halla la *legitimación procesal* para solicitarla que, si bien en general es pública y corresponde a cualquiera persona de la comunidad (art. 293), en los casos mencionados *supra* en el numeral 1), corresponde exclusivamente a la mujer menor de edad y, por supuesto, al ministerio público pupilar en su carácter de representante promiscuo de todos los incapaces (CC, 59).

2.3.3.2. EL OTORGAMIENTO DE CARTA DE POBREZA PARA LITIGAR

Aunque las Constituciones de toda América aseguran en general el libre acceso de los particulares al servicio de Justicia, en la Argentina de hoy y desde hace ya muchos años, tanto el Fisco nacional cuanto el provincial gravan el acceso al litigio por parte del actor civil imponiéndole el pago previo de una tasa (en rigor, verdadero *impuesto* desfigurado con otro nombre) que, la mayoría de las veces, es muy alta y se erige a raíz de ello en un valla frecuentemente difícil de superar.

Claro está, la perversión propia del siempre voraz apetito fiscal se disimula, para el ciudadano no advertido de ello, con el establecimiento de una excepción que confirma la regla: no paga tasa alguna *previa al ingreso* al litigio aquel a quien desde antaño se considera *pobre para demandar*, determinándose al efecto en las leyes algunas pautas que antes eran objetivas (art. 332) y en la actualidad puramente subjetivas (CPCN, 78)[15] para que el juez le otorgue la correspondiente exención mediante la graciosa concesión del *beneficio de litigar sin gastos* o de la declaración judicial que establece que alguien es pobre para litigar.

Esta clara cautela que posibilita la defensa de los derechos de una persona, de la misma forma que lo hace su depósito, por ejemplo, no es legislada como tal por los códigos actuales, que la contemplan en la enumeración que hacen de los posibles *incidentes* en la Lección 21.

Así legislada, la cautela ha perdido su carácter unilateral y se sustancia con audiencia del propio Fisco y de la persona contra la cual se litigará (art. 333). Y esto por las razones que seguidamente se comprenderán.

También se verá que esa audiencia que ha previsto la ley para sustanciar el *incidente* (atención, que no la cautela) genera nuevo litigio que puede terminar

15 Por ejemplo, CPCN, *78.* establece: "Los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso la concesión del beneficio de litigar sin gastos... No obstará a la concesión del beneficio la circunstancia de tener el peticionario lo indispensable para procurarse su subsistencia, cualquiera fuere el origen de los recursos".

con un perdedor que habrá de afrontar en su momento el pago de las costas procesales devengadas durante la tramitación del beneficio. Y esto perjudica al sistema pues posibilita la actuación de abogados inescrupulosos que pretenden percibir honorarios calculados como un incidente del pleito principal (con lo cual cobran más dinero) y no a base de lo que representa el pago de las tasas o impuestos de justicia (con lo cual cobran menos dinero).

A esto se suma el silencio del Fisco, que muchísimas veces no interviene para sostener su derecho a percibir impuestos de quien eventualmente será exento pues, a la postre, será cobrado de cualquier manera de la otra parte procesal a consecuencia de que la obligación del hecho imponible *litigar* es solidaria entre todos quienes litigan. Con lo cual carece de interés al efecto.

En estas condiciones, a partir de la habitual piedad de algunos jueces decisionistas que, al actuar conforme con pautas puramente subjetivas, son proclives al otorgamiento amplio del beneficio, se ha generalizado la figura del *actor pobre para litigar*, sin que nadie haya advertido las demás circunstancias –claramente ilegítimas– que rodean a esta cautela.

Para que se entienda la crítica que aquí hago, deseo que repare el lector en la denominación del beneficio, referido desde siempre a la *posibilidad de litigar sin pagar impuestos* o *tasas de justicia* y no otra cosa (por ejemplo, costas judiciales). Que es lo más que el buen uso de la lógica acepta que pueda hacer el Estado, disponiendo al efecto de sus propias posibles rentas.

Pero lo que no puede hacer seriamente es afectar el bolsillo de otros ciudadanos y ordenar en consecuencia que sean ellos (los *otros*, nunca *nosotros*) quienes carguen patrimonialmente con el beneficio otorgado a los que litigan en su contra.

Y esto es lo que sucede gracias a la *solidaridad* impositiva: si no paga el actor, paga el demandado (y debe abonar *todo*, no *su parte*), de donde resulta que a la postre el Estado no renunció a nada y, simplemente, cambió la persona del contribuyente, agravando la situación de uno para beneficiar a otro (CF -Lp 3456 y modif.-, 228, mal interpretando la normativa general de los arts. 18 y 178).

Esto parece grave y claro resabio del autoritarismo inquisitorial que se vive en nuestros países en materia procesal, por no comprender el legislador en qué consiste el principio de igualdad ya reiteradamente explicado en esta obra y dejado de lado en todos estos temas. Para que se comprenda cabalmente la afirmación, en el sistema inquisitorial *la parte es nadie*, en razón de que todo funciona allí a partir del absoluto protagonismo del juez.

Estas apreciaciones vienen a cuento pues no hace demasiado tiempo se estableció en alguna ley que el simple patrocinio letrado del defensor general (como tal, integrante de la planta de funcionarios del Poder Judicial) permitía

no sólo no pagar tasas o impuestos para litigar sino, también, *cautelar sin prestar la contracautela del caso* (LOPJ, 145, 16°). Mientras eso se mantuvo así y dependiendo exclusivamente de la actuación de un funcionario judicial, no hubo mayores problemas en el desenvolvimiento de la actividad litigiosa pues, al fin y al cabo, era un funcionario del sistema quien hacía las comprobaciones y evaluaciones de rigor.

Con posterioridad, un código procesal (CPCN, 200, 2°) que hace gala del por mí siempre criticado solidarismo judicial, extendió tal *beneficio* (¡y vaya si lo es!) a quien obtenía su declaración de pobreza y, con ello, era patrocinado en sus pretensiones por *cualquier abogado* y no con exclusividad por el defensor oficial, como ocurría hasta entonces.

A partir de ahí se ha desquiciado en muchas partes el sistema de enjuiciamiento en el cual imperaba la buena fe: cualquiera persona puede obtener hoy, en trámite sin contienda y viveza abogadil mediante, un beneficio de tal índole que le permite demandar gratis por la suma que se le ocurra, tenga o no razón para ello; no pagar costas si pierde el pleito por las extravagancias de su demanda y, además, embargar lo que quiera sin dar caución alguna para ello.

A consecuencia de esto, lo que debe ser simple aseguramiento de cobro para el eventual supuesto de ganar el pleito, se convierte en argumento de presión para forzar un pago que, alguna vez lo he visto, no se debía en la realidad de la vida (a este fin, basta con embargar por importante suma –recuérdese que es gratis y sin consecuencia negativa alguna– una cuenta corriente bancaria y, con ello, detener la operatoria de una empresa que puede caer en inmediata imposibilidad de pago).

Hasta aquí se han visto los requisitos extrínsecos necesarios de existir al tiempo de otorgar la cautela peticionada judicialmente por el actor.

Empero, y aunque sea valor entendido en la doctrina generalizada que el otorgamiento de este tipo de cautela debe ser referida con exclusividad al actor –cual lo he hecho hasta ahora en esta obra– nada empece a que sea otorgado también al demandado.

Y es que las leyes que refieren a este beneficio involucran siempre en el tema a *las partes* y no sólo a una de ellas, con lo cual parece claro que también puede beneficiarse con esta cautela el demandado que se concreta a contestar su demanda, sin deducir reconvención.

Esta solución es justa para el caso en trato pues se igualan de manera adecuada los derechos de las partes (CPCN, 78). Para empezar, si el actor no paga tasas de justicia, tampoco lo hará el demandado pobre y no, como ahora que, pobre o rico, debe cargar con el total de su importe gracias a la mal entendida solidaridad del tributo. Pero en tren de asegurar la paridad procesal, si el actor no paga costas tampoco lo hará el demandado en caso de perder, etc.

Veamos ahora los *presupuestos* de la declaración de pobreza: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de la declaración de pobreza el no tener bienes suficientes como para afrontar de inmediato y antes de comenzar el litigio o al tiempo de comparecer a éste, el pago de las tasas o impuestos judiciales (art. 332).

No obstante ello, y como se verá seguidamente, los supuestos consecuentes no son coherentes con éste.

b) *El supuesto consecuente*

Según ya ha sido visto precedentemente en la conceptuación de esta figura, el supuesto consecuente es de toda lógica: siempre se trata de litigar sin el pago previo de tasas o impuestos (arts. 335 a 338).

Empero, hay leyes –y esto sí que es variable y, por ende, contingente– que prevén otros supuestos: el de embargar sin el previo otorgamiento de la siempre necesaria contracautela (CPCN, 200, 2°) y de no abonar costas procesales cuando ha sido condenado a oblarlas o de pagarlas pero hasta un cierto porcentaje en el caso de resultar ganador en el litigio (art. 337).

c) *Los requisitos generales para otorgar el beneficio de pobreza*

Surge de los precedentes párrafos que los requisitos *intrínsecos* para concederla, refieren a pautas o baremos para medir la situación patrimonial del solicitante del beneficio que se muestran con los criterios *objetivos* enunciados en el art. 332 en cuyo caso la respectiva petición debe ajustarse a ello so capa de no ser otorgado.

De la nómina de requisitos *extrínsecos* enunciados en general en el # 2.2.1., todas las leyes regulan:

1) la *competencia judicial*, al otorgarla al juez que ya conoce o debe conocer del asunto según la suma de pautas atributivas de su función (art. 5, 8° y 9°);

2) la *oportunidad* para presentar la respectiva petición: cualquier estado del proceso (art. 333), con efectos diferentes según las contingencias legislativas: suspende el curso de la causa si se peticionó antes o al tiempo de demandar; no así si la pretensión es posterior (art. 333)

3) la *contracautela* no es exigida pues en la idea original de su otorgamiento, no se afectaban intereses diferentes a los del Estado beneficiario del cobro de las tasas.

Tal vez la ausencia de este requisito es lo que ha impedido ver a la doctrina la naturaleza cautelar de esta figura.

Pero tal ausencia no empece a la exactitud de lo aquí afirmado: también se cautela sin prestación de contracautela cuando se embarga preventivamente entre cónyuges, comuneros, socios, etc.; ídem cuando se ha obtenido una sentencia favorable o se parte de un título ejecutivo; ídem en el supuesto de asunción de representación procesal de pariente ausente, etc., etc.

Como se ve, no es un requisito de constante exigencia para el otorgamiento de todas las cautelares.

2.3.3.3. EL OTORGAMIENTO DE FIANZAS

Se entiende por *fianza* la obligación que una persona contrae cuando se compromete a responder por otra y, por extensión, lo que se deja en garantía del cumplimiento de una obligación. Este tipo de cautela se emplea desde muy antiguo, tanto en lo civil como en lo penal[16].

Actualmente, este tipo de cautela en trato se presenta:

a) *en lo civil*, para responder a algunas necesidades de quien ostenta procesalmente el carácter de:

a.1) *demandado*, para: A) poder gozar de la defensa de un pariente en caso de estar ausente del lugar del pleito (*cautio de rato et grato*) y B) para asegurarse el pago de costas de las cuales puede ser acreedor eventual (*arraigo*);

a.2) *actor*, para poder ejecutar de inmediato una sentencia que ha sido apelada y la impugnación concedida con efecto suspensivo.

b) *en lo penal*, para asegurar la comparecencia de un imputado que se halla en libertad cuando el juez ordena su presencia en el tribunal

Las explico.

2.3.3.3.1. EL OTORGAMIENTO DE FIANZA PARA ASEGURAR LA DEFENSA POR UN PARIENTE DE QUIEN HA SIDO DEMANDADO EN JUICIO

La figura se conoce desde antaño con la denominación de *cautio de rato et grato* y consiste en la autorización legal para que un pariente de demandado

16 Ejemplos de lo primero pueden ser vistos en los casos de: 1) fianza *a las resultas del juicio;* 2) fianza *de estar a derecho*; 3) fianza *de arraigo* dada por el demandado y por el actor; 4) fianza *depositaria;* 5) fianza *de restitución;* 6) fianza *con información de abono;* 7) fianza *de pago de eventuales costas procesales*. Ejemplos referidos a lo penal pueden ser vistos en los casos de: 1) fianza *carcelera* o *de cárcel segura*; 2) fianza *de calumnia;* 3) fianza *de seguridad de la vida;* 4) fianza *de saneamiento*.

civil ausente del lugar del juicio asuma su representación procesal por un cierto plazo y sin necesidad de acompañar mandato al efecto (art. 43).

Veamos ahora los *presupuestos* de este tipo de fianza: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

El caso es muy puntual: un demandado a base de pretensión no penal se encuentra ausente del país y un pariente dentro de ciertos grados de parentesco (art. 43) decide asumir su defensa en el pleito, postulando por él cual si fuere su mandatario. Ello, a efectos de que el ausente no entre en situación de rebeldía, con los riesgos que ello puede aparejar en ciertas leyes procedimentales.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, el pariente comparece, contesta la demanda, ofrece medios de confirmación, etc., cual si fuere el demandado, con lo cual éste no cae en estado de indefensión en momento alguno.

c) *Los requisitos generales para aceptar la defensa por un pariente*

En el caso, los requisitos están contenidos expresamente en las leyes:

1) el demandado debe estar ausente del lugar del juicio al tiempo de tener que ejecutar un acto procedimental determinado;

2) el pariente debe comparecer al efecto acreditando debidamente su situación de parentesco dentro de los grados que autoriza la ley;

3) debe prestar fianza adecuada y suficiente para asegurar el pago de los eventuales daños que provoque su actuación para el supuesto de que ella no sea ratificada por el demandado dentro del plazo establecido por la ley al efecto.

2.3.3.3.2. EL OTORGAMIENTO DE FIANZA PARA ASEGURAR EL COBRO DE COSTAS EVENTUALES

El caso se conoce desde antaño como *arraigo* o *arraigo del juicio* y se encuentra habitualmente legislado dentro de la nómina de los incidentes (en rigor, de los *accidentes*) o en la de las excepciones procesales.

Una de las acepciones del vocablo y que sirve para explicar su significado en el campo de la asignatura, refiere al establecimiento de una persona en forma permanente en un lugar, vinculándose de tal modo con las personas y cosas de allí. Esta idea es la que sirve a las diferentes legislaciones para normar sus variados casos.

Tal como se lo conoce en América, el *arraigo* consiste en la prestación de una caución otorgada por el actor para asegurar al demandado el pago de las costas causadas a raíz del pleito en el caso eventual de que triunfe en el litigio.

Veamos ahora los *presupuestos* del arraigo: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia del arraigo que un demandado en pleito de carácter civil a base de pretensión declarativa tramitada mediante un procedimiento adecuado a ella, no conozca bienes al actor como para poder embargar oportunamente, llegado el caso de tener que percibir de él las costas causadas a su instancia (art. 329). Cuando existe conocimiento cierto o presunto al respecto, el arraigo resulta improcedente.

En algunas legislaciones el tema es menos duro: sólo se exige que el actor no tenga su domicilio en el lugar del pleito (lo que significa, precisamente, *estar arraigado*) aunque no se le conozcan bienes.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, interpuesto, contestado y resuelto por el juez el tema, el actor debe garantizar la eventual obligación otorgando fianza suficiente al efecto. Ello servirá para que el hoy demandado pueda reclamar oportunamente al fiador, y como actor, el reintegro de todo lo abonado en concepto de costas devengadas en el pleito en el cual se originó la caución.

c) *Los requisitos generales para ordenar el arraigo del juicio*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

1) debe tratarse de pretensión declarativa (art. 329) (quedan así excluidos *todos* los ejecutivos);

2) tramitada en juicio ordinario, sumario u oral (no en el juicio sumarísimo, art. 415 ni en los juicios especiales de desalojo, (art. 522), rendición de cuentas (art. 527); alimentos y litisexpensas (art. 696); acciones posesorias y de despojo (art. 696); declarativo de prescripción cuando tramita por la vía sumarísima (art. 540).

3) el actor no debe estar exento por virtud de autorización legal de prestar arraigo (art. 330); y

4) establecido su monto, debe otorgarse ante el tribunal la caución por la suma respectiva dentro del plazo legal o judicial acordado al efecto (art. 331).

2.3.3.3.3. EL OTORGAMIENTO DE FIANZA PARA POSIBILITAR LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA NO EJECUTORIADA

El caso se conoce desde antaño como *fianza de restitución* y se encuentra habitualmente legislado dentro de la normativa propia del juicio ejecutivo (art. 484).

Consiste en la prestación de una fianza que otorga el ejecutante a cuyo favor se ha dictado sentencia de remate impugnada por el ejecutado mediante recurso de apelación concedido con efecto suspensivo, con la finalidad de lograr el cambio de tal efecto y, a consecuencia de ello, poder ejecutar de inmediato la sentencia aún no ejecutoriada.

Veamos ahora los *presupuestos*: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de esta fianza que el ejecutante con sentencia favorable desee ejecutarla de inmediato y antes de que alcance efecto ejecutorio, como consecuencia de la sentencia de alzada que se dictará oportunamente a raíz de la impugnación interpuesta por el ejecutado.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, y otorgando la fianza del caso, el ejecutante puede continuar con las instancias propias de la ejecución (remate, suscripción de escritura, entrega de cosa determinada, etc.).

c) *Los requisitos generales para ordenar la caución de restitución*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

1) debe existir sentencia de remate impugnada por el ejecutado;

2) concesión con efecto suspensivo del recurso del caso;

3) la fianza debe otorgarse en autos por el monto de la acreencia respectiva, incrementada con sus accesorios y una cantidad prudentemente apreciada para responder a los eventuales daños que todo ello pueda producir.

2.3.3.3.4. EL OTORGAMIENTO DE FIANZA PARA ASEGURAR LA COMPARECENCIA A JUICIO DE REO PENAL

Conocida desde antiguo con la denominación de *fianza carcelera* es la que un tercero otorga en garantía de que un reo penal puesto en libertad por el juez actuante comparecerá ante él cada vez que se lo cite a cualquier efecto.

El supuesto precedente y los requisitos de esta cautela surgen claros de su propia conceptuación. No ocurre lo mismo con el supuesto consecuente, que con-

siste en la pérdida para el fiador de la suma afianzada en caso de incomparecencia del citado.

2.3.4. LAS CAUTELAS QUE PROTEGEN LA PRODUCCIÓN ANTICIPADA DE MEDIOS DE CONFIRMACIÓN PROCESAL

Este tipo de cautela, no habitual en el pasado relativamente reciente, está constituido por la *producción anticipada de ciertos medios de confirmación procesal* que el cautelante intenta realizar de inmediato y, a veces, aun antes de demandar, pues podrían perderse con el paso del tiempo, volviéndose así de difícil o de imposible producción cuando se abra el estadio procedimental respectivo (por ejemplo, art. 272) (CPCN, 232).

En esta hipótesis imagino, por ejemplo, la necesidad del actor de contar con un documento que puede desaparecer apenas el futuro o actual demandado advierta que es la prueba terminante de un pretendido derecho (piénsese en el secuestro de una historia clínica en pleito de responsabilidad por mala praxis médica o en la necesidad de verificar una circunstancia que puede cambiar andando el pleito, etc.).

De la misma forma, hay leyes que permiten un *adelantamiento temporal* en la realización de un medio de confirmación cuando alguien corre el riesgo de verla frustrada por el paso del tiempo: es lo que ocurre en el art. 273, que admite producir antes de tiempo declaraciones de testigos, informes periciales, comprobaciones judiciales, etc.

Como se ve, estoy hablando siempre de *prueba anticipada*, concepto que difiere esencialmente del de la *prueba preconstituida*:

a) la *anticipada* es *siempre* de carácter procesal, pues se produce ante el juez que ya conoce o que ha de conocer en la causa litigiosa y debe respetar los requisitos que seguidamente se expondrán; b) la *preconstituida* no es de carácter procesal pues se hace *siempre* con prescindencia del proceso y, por tanto, antes de que sea incoado y, a veces, sin que nunca sea menester usarla.

Esto se ve claro con sólo recordar los medios de acreditación ya explicados en la Lección 19: por ejemplo, la escritura pública efectuada *ad probationem* (prueba preconstituida), que nunca servirá en un proceso si la obligación que allí se instrumenta es oportunamente cancelada por el deudor.

Atención ahora: en todos los casos, y para que el resultado del respectivo medio de confirmación tenga eficacia probatoria al momento de ser sentenciada la pretensión a la que se refiere, debe mediar adecuada y plena bilateralidad de la instancia confirmatoria respecto de *todos los interesados* en ella.

A consecuencia de esto, debe estar presente en el acto de la producción del respectivo medio no sólo quien puede ser beneficiado con el resultado confirmatorio sino también, particular y muy especialmente, quien ha de sufrir los efectos contrarios de él.

Sin embargo, hay ocasiones en las que la extrema urgencia del caso hace que materialmente no exista el tiempo útil para hacer las citaciones del caso.

De la misma manera, otras veces ocurre que el actor tiene fundado motivo para creer que quien puede llegar a sufrir los efectos adversos del resultado confirmatorio, hará todo lo necesario para evitar su realización o, más aún, que destruirá lo que es necesario conservar.

Previendo tales situaciones, los códigos que se ocupan del tema posibilitan el despacho inmediato de la medida confirmatoria sin la previa o contemporánea audiencia del que resultará afectado por ella y, en su lugar, se establece una intervención previa del ministerio fiscal (ver nota # 196) que es por demás inútil (pues no puede subrogar a la parte, a la cual es por completo ajeno) y que en nada mejora la situación de aquél.

Pero esto es *verdadera excepción*: debe hacerse así sólo cuando las circunstancias del caso lo hagan menester, por carencia de tiempo o, principalmente, para evitar destrucción de pruebas. Y no en otra ocasión, cual se hace a menudo en Argentina por interpretación extensiva de esa subrogación fiscal que acabo de criticar.

En esa tónica se ve que, en la realidad judicial de todos los días, ocurre lo que aquí he apuntado: los jueces autorizan habitualmente la producción *unilateral* de muchos medios de confirmación so pretexto de que así lo permiten las leyes inquisitoriales, cuando las circunstancias del caso revelan con sencillez y prontitud que no hay peligro alguno en demorar la realización de una prueba durante el tiempo necesario para hacer las notificaciones del caso y, más aún, cuando es imposible revertir anticipadamente el resultado que se procura: es lo que acaece, por ejemplo, en las *actas notariales de constatación fuera de juicio* que se confeccionan al solo pedido de quien intenta beneficiarse con su resultado y a espaldas de quien ha de sufrir los efectos contrarios de lo tan irregularmente producido.

Y, con ello, por ejemplo, se intenta mostrar que hay una pared que tiene manchas de humedad o que se ha abierto una grieta en una medianera, etc.

De tal forma, no sólo se introduce una prueba ilegítima sino que, al momento de sentenciar, muchos jueces la valoran asertivamente maguer que todo se hizo a espaldas del demandado, cuya debida citación no hubiera provocado la desaparición de la humedad o evitado la grieta...

Finalmente: las leyes que autorizan la subrogación de la parte por el fiscal, insisten incoherentemente en que debe notificarse a él –y no a la propia parte–

el resultado del medio producido. Es lo que ocurre en el art. 274, cuya inconstitucionalidad sostengo por tolerar una clara ruptura de la igualdad procesal, pues nada obsta a que se dé al interesado la participación hasta ahora negada pero *luego* de haberse producido el medio confirmatorio cuya producción se temía que evitara.

Hechas estas necesarias aclaraciones, veamos ahora los *presupuestos* de la confirmación anticipada: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de este tipo de cautela que quienes son partes en un proceso o han de serlo en el futuro, teman que algún medio de confirmación con el que estiman necesario contar para la adecuada defensa de sus derechos litigiosos, se haga de difícil o imposible producción por el mero transcurso del tiempo.

Piénsese por ejemplo en la necesidad de contar con el testimonio de persona de muy avanzada edad, o gravemente enferma, y cuya declaración puede ser crucial en un litigio ya incoado (pero que se encuentra aún lejos del momento de la producción de medios de confirmación) o que se intenta incoar o que se teme se incoe. También en la hipótesis de que alguna persona se halle en peligro de perder un derecho si no se admite la inmediata verificación de un hecho, que puede confirmarse en su existencia con peritos o con testigos.

Sólo a este tipo de fuentes de confirmación puede ocurrirse en el caso de la cautela en trato. Se descarta así que un instrumento, un monumento o un documento que no puede ser destruido ni ocultado por la parte contraria a quien eventualmente perjudicará, por ejemplo, pueda ser objeto de este tipo de cautela.

De la misma forma, la absolución de posiciones del futuro demandado, sólo prevista en las leyes con carácter de *medidas preparatorias de juicio declarativo* y para excepcionales respuestas tendientes a verificar la legitimación o calidad con las cuales actúa.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita y verificados los requisitos del caso, el juez debe ordenar la producción del medio ofertado al efecto. Y en tanto se rinda con perfecta bilateralidad de la audiencia, tendrá eficacia confirmatoria al momento de sentenciar.

c) *Los requisitos generales para ordenar la producción anticipada de un medio confirmatorio*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

1) debe existir serio peligro objetivo de pérdida de un derecho o de un medio o fuente de confirmación;

2) debe darse plena audiencia o posibilidad cierta de ella a quien es o ha de ser parte contraria en el litigio en el cual se hará valer su resultado confirmatorio.

No son requisitos en el caso los relativos a la verosimilitud del derecho y a la contracautela.

2.3.5. LA CAUTELA QUE PROTEGE EL DESARROLLO ÍNTEGRO Y REGULAR DEL PROCESO PENAL

Es valor entendido por todos y desde antaño que el desarrollo íntegro de un proceso penal que se realiza según los parámetros propios del método inquisitorial (en el cual el proceso es *medio de investigación*) y con los así llamados por los penalistas: principios de oficiosidad y de legalidad, que luego de ser iniciado el juicio debe asegurarse su continuación y terminación con la privación de la libertad del imputado quien, detenido al efecto, no puede eludir la actividad judicial seguida en su contra.

Y así, maguer el claro *estado de inocencia* que declara como base misma del sistema la propia Constitución, quien se encuentra sospechado o imputado de la comisión de un delito que puede merecer en su momento pena privativa de la libertad es *detenido* y, muchas veces, por larguísimo tiempo.

Esta constitucionalmente injustificable detención se intenta justificar desde la doctrina con variados argumentos a más del ya expuesto de asegurar el desarrollo del proceso, por ejemplo, asegurar a la sociedad que el presunto delincuente no vuelva a delinquir.

Y cuando refiero a la detención propiamente dicha, el lector deberá pensar también en todos sus sucedáneos: imposibilidad de salir del domicilio, de visitar algún lugar específico, de ver a alguna persona en concreto, etc.

El problema se agrava notablemente cuando, cual ocurre en muchos de nuestros países, no hay lugares de detención específicos y propios para quienes son sospechados y, como tales, sujetos a proceso.

Singularmente, estos detenidos *por las dudas y a las resultas de la investigación,* ingresan a establecimientos carcelarios que deben tener sólo una población de condenados por sentencia y en los cuales purguen sus penas.

Y con ello se hace una mixtura de clara ilegitimidad pues se da a los procesados el mismo tratamiento que a los condenados.

Y nadie podrá negar que ésta es la tónica actual, en la cual la prensa amarilla postula que todo imputado debe estar preso, lo antes y durante todo el tiempo posible.

Si todo esto se mira desde la óptica del sistema acusatorio, se comprende fácilmente que es un claro dislate: ¿a guisa de qué debe estar detenido –y, a veces, por años– quien es constitucionalmente inocente?

¿Se advierte que esta *detención cautelar* no es otra cosa que un *adelanto de la pena* que el detenido puede no llegar a merecer jamás si no se prueba procesalmente la comisión del delito imputado?

Creo firmemente que, en tiempos de vigencia del sistema acusatorio, esta *rara cautela* es ilegítima y que habrá que repensar detenidamente todo el tema y discutirlo con seriedad para ver si se mantiene y, en su caso, determinar cuáles deben ser las condiciones necesarias para ordenar una restricción a la libertad, máximo valor constitucional para el individuo de a pie que debe sufrir cansina y resignadamente el autoritarismo que se ha entronizado en América desde hace siglos.

3. EL ANTICIPO JUDICIAL DE LA PRESTACIÓN DEMANDADA: NATURALEZA

Ya adelanté algunas ideas respecto de este tema en el punto 1 de esta misma Lección.

Dije allí, y lo reitero acá por simple prolijidad expositiva, que sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar* en el exacto sentido que ha presidido la explicación dada *supra* sobre el tema, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo (art. 391). La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato pues caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el fin al del pleito (CC, 231).

Idéntica solución anticipada brinda desde antaño el *interdicto de obra nueva* (CC, 2499).

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior.

Dije también en el # 1 que, a partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisible y peligrosísima discrecionalidad judicial, toda vez que una actuación de este tipo se realiza a base de pautas puramente subjetivas y, como tales, difíciles o imposibles de controlar por el afectado.

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina en las leyes como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas "cautelas": por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de las *medidas precautorias*.

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena, pero sin la anterior y necesaria bilateralidad del que debía sufrir su resultado.

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos *anticipos de sentencia*, hizo que se les aplicaran sin más, errónea y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia).

Y, así fue que, a raíz de esto, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

Adviértase la extrema gravedad de lo recién afirmado: para lograr los objetivos que el constituyente ha detallado con prolijidad en el Preámbulo (entre ellos, afianzar la justicia y lograr la unión nacional, con lo que ello implica de paz social), la norma cúspide del sistema consagra expresos derechos que ninguna ley inferior puede desconocer. Entre ellos, el de la *inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Y precisamente para asegurar el cumplimiento de tales derechos, otorga a los particulares una expresa y extrema garantía: la del proceso judicial llevado en igualdad de condiciones frente a un *tercero imparcial*.

Como es de total obviedad, el proceso exige bilateralidad *previa* a la sentencia o no es proceso. Y eso significa audiencia de quien habrá de sufrir los efectos de la decisión judicial.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica que debe regir en la especie.

Parece claro que en la realidad de la vida y en el curso de las relaciones humanas existen situaciones de extrema gravedad o notable urgencia que deben ser solucionadas en forma inmediata pues, caso de no hacerlo así, pueden ocasionarse daños definitivos.

Teniendo esto en mira, ha sido el propio legislador quien, desde antaño, se ha preocupado por proveer tales soluciones. Y nunca ley alguna del pasado dejó en manos de los jueces realizar tal proveimiento.

Con mayor razón deben estar vigentes estas ideas a partir de la confusión doctrinaria de adjudicar al *anticipo de solución judicial* las exactas características de todas las cautelas procesales y, particularmente, la de la *unilateralidad*.

A base de tales circunstancias, cuando actualmente se adelanta el resultado de una pretensión procesal, se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otro mal mayor: el de evitar el proceso como medio de debate.

Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente puede perderse (el del alimento anticipado, por ejemplo) y el que de seguro se perderá (el de defensa en juicio), debe prevalecer éste, de claro rango superior en el orden constitucional.

Surge de todo esto que la legislación debe brindar una solución adecuada a las circunstancias.

Es más, desde que la ley otorgó un poder genérico a los jueces para cautelar todo cuanto desearen, y cuando ya está definitivamente instalada en la sociedad que son los jueces quienes deben resolver la totalidad de problemas habidos y por haber, aun los que definitivamente son *no justiciables*, se tornará muy difícil –por no decir imposible– retornar a soluciones verdaderamente sistémicas, con lo cual se evitaría esta suerte de *anticipo-cautelar*.

De ahí entonces que aquí se postule que todo anticipo de sentencia debe gozar siempre de necesaria e imprescindible audiencia previa pues nada molesta al efecto y no se vulnera la garantía máxima representada por el irrestricto mantenimiento del método de debate entre sujetos igualados jurídicamente por la propia imparcialidad del juzgador. En buen romance, esto significa algo así como idear trámites harto breves o, más simplemente, ocurrir a la tradicional figura del amparo, comprensiva de todos los casos que actualmente se tratan por las vías autosatisfactivas.

3.1. LA CLASIFICACIÓN DE LOS ANTICIPOS DE TUTELA JUDICIAL

Según puede colegirse a partir de lo precedentemente expuesto, hay anticipos previstos en la ley (legales) y propios de la actividad de los jueces aunque no estén autorizados en la ley (judiciales).

3.1.1. LOS ANTICIPOS LEGALES

Dentro de este grupo enumero a la *prestación de alimentos y de litis expensas*, a la *apertura de servidumbre de paso* y a la *clausura de la obra nueva que perjudica a un vecino*.

Todos ellos han sido antes mencionados con precisa cita de la norma legal aplicable. Al respectivo texto me remito ahora.

3.1.2. LOS ANTICIPOS JUDICIALES

Dentro de este grupo enumero a los *poderes cautelares genéricos* y, a consecuencia de ellos, a la *orden de innovar en la situación jurídica actual* y a la *sentencia autosatisfactiva*.

Los vemos en particular.

3.1.2.1. LOS PODERES CAUTELARES GENÉRICOS

Con carácter normativo relativamente reciente, algunas leyes han establecido que: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia" (CPCN, 232)[17].

Creo que el origen de ello está en el CPC ITA, 700 de 1940, respecto de cuyo contenido la crítica doctrinaria de entonces fue pacífica en el sentido de que normaba –y norma– acerca de un *poder supletorio* respecto de las cautelas previstas en la ley.

Y ello es obvio desde que debe aceptarse razonablemente que el legislador no puede imaginar todos los posibles casos dignos de cautelar, no obstante que la solución hermenéutica debe pasar siempre por la reconversión del caso para hacerlo encuadrar en alguna de las cautelas legisladas detalladamente en todas las leyes actuales. Y con tales alcances, la norma puede resultar buena y eficaz.

---

17 El CPC Perú, mucho más inquisitivo que el argentino, establece en su art. 629: "Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva". Como se ve, pura subjetividad que repugna al garantismo procesal. Pero CPC Perú va más allá todavía: en el art. 618 establece que: "Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar *medidas anticipadas* destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".

No obstante, en la actualidad se ha desvirtuado su contenido merced a la incesante prédica del oficialismo procesal argentino, que ha ido mucho más allá y le ha otorgado alcances que jamás tuvo. Ni siquiera en la legislación italiana del 40.

Y así, sin reparar en la naturaleza obviamente diferente que muestran una verdadera cautela y lo que en los últimos años ha dado en llamarse *solución jurisdiccional anticipada* so pretexto de una *tutela judicial efectiva,* han fincado toda anticipación de sentencia en ese preciso *poder cautelar genérico*.

A consecuencia de ello, y con expresa invocación a la secular ineficiencia judicial, que muchos jueces-académicos tratan de superar a riesgo de evitar toda discusión procesal, se han inventado ciertas "medidas cautelares" que nada tienen de cautela y que muestran clara y definitiva ilegitimidad constitucional: refiero acá a la *medida innovativa* y a la *medida autosatisfactiva,* con las cuales se han cometido variados y numerosos excesos a espaldas siempre de la persona que debe sufrir los efectos de la orden respectiva.

En ese orden de ideas, y haciendo uso de supuestas conclusiones de congresos científicos de la asignatura en los cuales unos pocos pontifican sobre temas que no admiten discutir, se ha instalado la idea de que todo ello es bueno y que mejora la función judicial.

Y así, tal doctrina se ha enseñoreado en la actualidad argentina. Basta ver, por ejemplo, el texto del 177 del Código Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para darse cuenta de ello.

Con la aceptación generalizada de todo ello, lograda merced a su constante prédica, ya es normal aceptar como *medidas cautelares* las ya mencionadas *medida innovativa* y *medida autosatisfactiva*, de las cuales me ocuparé seguidamente.

3.1.2.2. LA ORDEN DE INNOVAR EN LA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Ya mencioné en el # 2.3.2.1. el significado de la palabra *innovar:* introducir novedades en alguna cosa, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar.

Tal conceptuación parece lógica si se la vincula con una prohibición de efectuar cambios en la realidad social, tal cual lo legisla desde antaño casi toda la normativa procesal, pues su fundamento último se halla en la necesidad de mantener la situación actual de ciertas cosas o relaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas.

Al especificar los requisitos de la prohibición de innovar, referí que uno de ellos –de la mayor importancia– era el de que al momento de trabar la cautela, el cautelado no hubiera ya innovado en la situación de hecho vigente pues, de ser así, sería de imposible cumplimiento la orden respectiva.

Por eso es que aclaré que si tal cosa ocurre y se comprueba que la alteración de la situación litigiosa ha sido hecha después de ordenada la cautela pero antes de su notificación al cautelado (con conocimiento de éste de las actuaciones judiciales), procede una *nueva orden*: la de reponer las cosas en el estado en el cual se encontraban con anterioridad, por obvio resguardo del derecho oportunamente deducido por el peticionante y de la seriedad con la cual debe ser acatada la actuación judicial para resultar eficaz a la postre. Y ello, agrego ahora, entraña una verdadera *innovación* que ordenará el juez para destruir lo hecho a fin de volver al estado anterior de cosas.

Pero atención: todo esto *no es* la llamada doctrinalmente *medida innovativa* que trataré seguidamente.

Aquí el supuesto precedente es totalmente diverso: el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados.

En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión.

Para ello, algunas leyes (p. ej.: CPC La Pampa, 231) toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente cuando:

"1) existe verosimilitud del derecho *en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias*; 2) se advierte en el caso una *urgencia impostergable tal* que si la medida anticipatoria no se adoptare en el momento, la suerte de los derechos se frustraría; 3) se efectivice la contracautela suficiente; 4) la anticipación no produzca los efectos irreparables de la sentencia definitiva".

Y la misma norma que todo ello consagra y autoriza termina diciendo que "la decisión no configurará prejuzgamiento".

Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible –algunas veces, *sine die*– la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que

se realiza con la bendición judicial y que genera más descrédito en el sistema de justicia.

Pongo especial énfasis en lo que acabo de decir: se obtiene tal resultado por *vía cautelar* y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva.

Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto *una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio*.

Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímidamente primero y con mucha fuerza luego al amparo del *poder cautelar genérico* que referí *supra*.

Ello es una muestra más de anterior afirmación: todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del *embargo preventivo*, que necesariamente es consecuencia de una instancia de *petición* y no de *acción procesal*, por las varias razones que ya he expuesto al tratar el tema.

Y parece obvio sostener que la *medida innovativa* así concebida, nada tiene de cautelar sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela.

Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser inicua.

Pero si en tal hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso *con horas de audiencia previa* y no soslayar ésta bajo la ilegítima apariencia de una seudo cautela.

Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna. Con excepción, por cierto, del CPC PER[18] y, en la Argentina, partir de la irrupción en el concierto nacional de

18 El texto de su art. 682: "Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a *reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda*. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley". La pregunta que ya mismo se impone es: ¿qué medida prevista en la ley permite adelantar el contenido de una sentencia antes de ser oída la parte afectada por ella?

algunos *Proyectos* de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por algunos legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

3.1.2.2. LA SENTENCIA AUTOSATISFACTIVA

Ya he mencionado en el punto anterior que, a raíz de la falsa antinomia *ineficiencia procesal* versus *constitucionalidad de las soluciones judiciales* que se ha instalado como tema central de discusión en la doctrina argentina, muchos procesalistas han aceptado pacífica y despreocupadamente la eliminación del proceso mismo, como *método de discusión*, y su reemplazo con la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada a base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad. En tal tesitura, postulan entregar a ese juez –en rigor, a todos los jueces– la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman es *la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad.

Y para ello, se ha buceado en el remoto pasado y, a partir del *indicio vehemente* y de *les lettres de cachet* que se expedían en el siglo XV, ha instalado –primero en la doctrina y luego en algunas normativas vigentes– las llamadas *medidas o sentencias autosatisfactivas*, que consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.

Claro está que, a raíz de ello, se condena a alguien a hacer o no hacer alguna cosa, invadiendo así su esfera de libertad pero sin darle la más mínima audiencia previa pues se actúa en sede puramente cautelar.

Justo es reconocer que los autores que pontifican acerca de la bondad de estas *medidas* han advertido los dislates que se producen a raíz de la inaudiencia y, ahora, aceptan bilateralizar algunas veces el instar, como se verá seguidamente en el texto. Y, aunque en algo se ha mejorado la cuestión, el fondo del problema queda intocado pues esa audiencia se otorga a voluntad del juez y no como mandato legal de irrestricto cumplimiento.

Esta solución extrema para paliar la morosidad judicial reinante no es pacífica, por cierto y está seriamente cuestionada por los defensores del *garantismo procesal* académicamente enfrentados con quienes sostienen las bondades del decisionismo judicial. Es indudable que, al amparo de la doctrina oficial del procesalismo civil argentino, se imponen las tesis decisionistas, en tanto que ocurre exactamente lo contrario entre los procesalistas penales. Y tal situación revela la existencia de un extraño movimiento conceptual que muestra un exótico cruce

filosófico doctrinal: *en tanto se pretende penalizar cada vez más el proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal.*

Teniendo eso en cuenta, las llamadas *medidas autosatisfactivas* vendrían a ser una manifestación más de este propiciado *autoritarismo judicial*, tenaz persistencia del sistema inquisitivo en el proceso civil.

Todo esto puede ser visto, por ejemplo, en los CPC de Corrientes, art. 785[19], Chaco, art. 232 bis[20] y Formosa, 232 bis[21].

19 CPC Corrientes, art. 785: "*Medidas autosatisfactivas. Caracterización.* Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valorados motivadamente, y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia". Adviértase que en este régimen absurdo el juez puede prescindir de la contracautela (...*podrá*... dice la norma) y, en su caso, limitar su vigencia...

20 CPC Chaco. art. 232 bis: "Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medias autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valorada motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación de describe:
"a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias al derecho según la legislación de fondo o procesal;
"b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución no cautelar requerida (¿?), no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
"c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas a las mismas; no rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
"d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído (atención: lo que es clara regla constitucional se ha convertido aquí, por arte de birlibirloque, en excepcional excepción);
"e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso con efecto devolutivo o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.
"Elegida una vía de impugnación se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.
"También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de contracautela suficiente".

Y es notable advertir en las normas mencionadas que, además de la idea central que se repite en ellas con leves variantes, todas tienen en común una redacción castizamente horrorosa, que hiere al idioma nacional y no permite una interpretación razonable de sus contenidos.

También se encuentran legisladas y –justo es decirlo, con redacción que se comprende y posibilita adecuada interpretación– en el CPC de La Pampa, art. 305, que transcribo para la mejor ilustración del lector:

"*Medidas autosatisfactivas.* Quien se encuentre en la situación prevista en el art. 302 de este Código[22], la que la modifique y sustituya y sostenga que la

21 CPC Formosa, art. 232 bis: "Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulte atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas.
"Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:
"a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;
"b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
"c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
"d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído.
"El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación, que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.
"También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de cautela suficiente".

22 Los transcribo: art. 302 del CPC: "*Amparo.* Será aplicable el procedimiento sumarísimo cuando se reclamase contra un acto u omisión de autoridad pública o de particulares que encuadre en las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional y las que contenga la Constitución Provincial"; art. 201 del CPC: "*Caducidad.* Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proce-

protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitarle al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección jurisdiccional no pueda ser lograda por otra vía judicial eficaz.

"Para ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición.

"El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida.

"Cuando sea posible la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda.

"Al decretar la medida el juez podrá:

"a) exigir al peticionante caución real. En este caso, determinar cuál ha de ser su vigencia;

"b) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen.

"A las medidas autosatisfactivas no le será aplicable el art. 201.

"El legitimado para oponerse a la medida podrá:

"a) pedir suspensión en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente;

"b) interponer recurso de revocatoria. El mismo debe ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista la posibilidad de hacerlo;

"c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo;

"d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por si sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso".

Como se ve, tales medidas autosatisfactivas aparecen entonces como una *especie* de un *género* que de ordinario se denomina *tutela urgente* o *tutela anticipada* que, según sus predicadores, tienen su razón de ser y justificación en la necesidad de brindar al litigante (en rigor, exclusivamente *al actor*) una herramienta novedosa, útil y rápida que, en teoría, pondría coto a la notoria ineficacia que ha demostrado el servicio de justicia.

---

so, si tratándose de obligación exigible, no se interpusiera la demanda dentro de los diez días de su efectivización. Las costas y los daños perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa...".

Se atendería así, pronto y expeditivamente, a las pretensiones litigiosas que son llevadas ante los estrados de la jurisdicción estatal por quienes afirman el desconocimiento –por vías de hecho o de derecho– de lo que jurídicamente les corresponde.

Que la prestación del servicio de justicia en la Argentina está en crisis es, más que una obviedad, un hecho notorio exento de prueba. Que la gente, el pueblo, los justiciables, descreen no sólo de la judicatura sino de todo el deficitario andamiaje del sistema legal, penosamente elaborado por los operadores del derecho, es un dato tan cierto como patético. Que algo debe hacerse a fin de no recibir la justificada condena de la sociedad hacia todos y cada uno los operadores del sistema, luce como una materia impostergable para jueces, legisladores, abogados y auxiliares.

Pero describir este ominoso cuadro es tarea bien sencilla. Lo realmente difícil es proponer las respuestas *idóneas* a esa crisis terminal que afecta y contamina a todo el servicio.

¿Se puede calificar de *idóneas* a las *medidas autosatisfactivas*? ¿No será peor el remedio que la enfermedad?

Afirmo decididamente que no son idóneas, por más que en algún caso de excepcional excepción puedan resultar intrínsecamente justas (con lo cual se privilegia otra vez la meta por sobre el método).

Se postula desde antaño por los jusprivatistas que el proceso es de naturaleza instrumental y que, como tal, exige el transcurso de cierto tiempo para lograr su cabal desarrollo.

Si bien se mira, la cautela que posibilita el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte a su término, es otro instrumento. En rigor, el *instrumento del instrumento*.

Adviértase, entonces, que toda protección cautelar accede siempre a un proceso (principal) del cual es su instrumento. Y en él justifica su existencia, validez, extensión y duración.

Pero la novedad de este particular y exótico tipo de "cautela" estriba en que no exige la existencia y subsistencia de un proceso principal al cual acceder sino que, prescindiendo de él, agota el tema con el dictado de la sentencia "cautelar" que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al

perjudicado por ella en la carga de impugnar dicha "sentencia", como si fuere igual contestar una demanda que expresar agravios.

En otras palabras: no precisa de otro proceso principal, contemporáneo o posterior incoado por el mismo actor. Así se desprende claramente de la norma transcrita y se expresa terminantemente en la gloriosa redacción del art. 232 bis de los CPC CHA y FOR cuando ambos expresan que "no rigen en la materia los principios de instrumentalidad...".

La grosera violación del orden constitucional que surge diáfana de las normas mencionadas precedentemente y, en lo particular, de las vigentes en las provincias del Nordeste, donde tan inexplicablemente ha calado esto en profundidad a pesar de la reconocida calidad de sus juristas, hace que me detenga unos instantes en remarcar los puntos más importantes de ella:

a) Se descarta siempre la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial, esencia misma del diálogo procesal, al aceptar la norma como suficiente y válida la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho litigioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte. Con esto se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional pues se emitirá condena sin dar audiencia previa a quien sufrirá sus efectos.

b) De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor. Eso es lo que genera la *sospecha* o el *indicio vehemente* que autorizará el despacho sin más de la medida impetrada. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo.

c) Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela. Y, para colmo de males, se autoriza al juez actuante a no exigir la contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pueda generar al afectado. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional.

d) Se vulnera por segunda vez el derecho de defensa del perjudicado, al sustituir el pleno ejercicio de su derecho de defensa por limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción. En efecto, adviértase que sólo se le permite:

d.1) pedir suspensión de la orden judicial pero, eso sí, efectivizando la prestación de una contracautela que no se le impuso al actor. Y con esto se violenta otra vez el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto sujeta el diálogo procesal a desiguales exigencias legales a las partes en litigio;

d.2) apelar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, con lo cual vuelve a violentarse el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es evidente que, procesalmente hablando, no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia, en razón de los disímiles caracteres de las funciones judiciales que pueden realizar los jueces de primero y de segundo grado de conocimiento. En tanto que el primero es soberano para decidir acerca de los hechos controvertidos y fundantes de la respectiva pretensión así como de la determinación de la norma general, abstracta y preexistente que se les aplicará y de la elección de las consecuencias de implicar tales hechos en las normas elegidas (con lo cual su competencia funcional es amplísima), el de segundo grado está limitado por las reglas *tantum apelatum, tantum devolutum* y *no reformatio in peius*, de donde surge que no puede tratar el litigio con la misma extensión que pudo utilizar su inferior, sino por los agravios vertidos por el perdedor acerca del *iter* del pensamiento del juez, demostrativo de las razones que tuvo en cuenta para fallar como lo hizo (de donde se colige que la competencia funcional del *controlador* es sensiblemente menor que la del *controlado*);

d.3) deducir revocatoria contra la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva. Si bien técnicamente esto es lo correcto, toda vez que la impugnación se dirige contra resolución dictada sin sustanciación previa, también violenta el derecho de defensa pues el exiguo plazo previsto en la ley para la deducción del recurso hace que la sentencia unilateral pueda alcanzar la calidad de caso ya juzgado por consentimiento del afectado. Y otra vez todo al margen del art. 18 de la Constitución Nacional;

d.4) promover un proceso de conocimiento para impugnar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, sin que ello afecte para nada la vigencia de la medida. Si bien se mira, se le da al caso similar tratamiento que el que algunas leyes otorgan a la sentencia emitida en procedimiento monitorio, sólo que éste se utiliza para ejecutar derechos ya declarados o derechos por declarar pero de muy escaso valor económico, cosa que no se ha previsto en las legislaciones que aquí critico.

Lo notable de este absurdo pero rigurosísimo sistema impugnativo es que la interposición del recurso de apelación hace perder la posibilidad de iniciar este proceso y viceversa. De donde se colige nueva violación del art. 18 de la Constitución Nacional.

Conforme a lo que llevo dicho, parece que ya deviene inútil abundar en la manifiesta y obvia ilegitimidad constitucional que muestran con desparpajo estas "medidas anticipativas".

Sin embargo, justo es recordar que los conflictos con relevancia jurídica deparan a los justiciables un largo camino de frustraciones. Cuando se trata de pleitos *de conocimiento* (en los que es necesaria una *declaración* del derecho que asiste al pretendiente), debe transitarse la vía del proceso ordinario, sumario, sumarísimo, oral o alguno de los especiales; sólo en casos excepcionales, de flagrante y arbitraria violación de una garantía constitucionalmente protegida, procede el *amparo*.

Es claro que este sistema procesal con el que contamos es pesado y lento. Mas sucede que –a cambio de la moneda *tiempo* ("oro", como expresaba Couture)– estamos *garantizando la audiencia*, el debido proceso y el derecho de propiedad. De modo que la eventual condena aparece sólo como el fruto final del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Esa es la razón por la cual la aceptación legislativa de las denominadas medidas autosatisfactivas, nos aleja de la estructura de ese sistema procesal que, no obstante todos los males que le achacamos, tiene su anclaje en el *debido proceso constitucional*, preciosa e insuprimible garantía para todos los justiciables, definitivamente incorporada a todas las cartas políticas del orbe dictadas luego de la Revolución francesa.

Aunque reiterativamente, cabe insistir hasta el hartazgo que nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al *derecho de audiencia* prometido a *ambos litigantes*, no sólo en el inicio sino a lo largo de toda la serie procedimental.

Por esa misma causa, aquél supone que el dictado de una sentencia de condena jamás sea dictado *inaudita et altera pars*.

Por lo contrario, la decisión judicial debe ser la *síntesis* entre una *tesis* y una *antítesis* sostenidas por las partes durante el debate, el que –a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal– debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: 1) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; 2) posibilidad cierta de contradecir; 3) confirmación de las afirmaciones contradichas; 4) valoración del material probatorio; 5) sentencia; 6) posibilidad de impugnación y crítica de lo resuelto.

Es indiscutible que constitucionalmente nadie puede ser privado de su propiedad, en sentido lato, sin un previo proceso legal en el que hubiera gozado de plena oportunidad de audiencia y prueba.

En este orden de ideas, resta recordar que, para los partidarios de estas "medidas", lo primero –y lo único– a tener en cuenta es la *necesidad de brindar tutela efectiva a determinadas situaciones urgentes* y las *autosatisfactivas* están llamadas a cubrir lagunas de nuestro ordenamiento para dar satisfacción a situaciones de una urgencia tal que no admiten la tramitación de todo un proceso de conocimiento sin riesgo de pérdida del derecho invocado.

La pregunta que se impone ante tal argumento es obvia: ¿no es ése, acaso, el fundamento mismo del dictado de una medida *cautelar*? ¿No sirve a tales fines el abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial del *proceso de amparo*? ¿Puede hablarse de *juicio ordinario* en el amparo, con traslados por pocas horas y facultades judiciales para reducirlas aún más?

La novedad y la moda no pueden obnubilarnos tanto como para no ver lo evidente: frente a casos *verdaderamente excepcionales*, con *verdadero riesgo de frustración de un derecho*, los jueces no hesitarán en utilizar los mecanismos con los que ya cuentan: las medidas cautelares, con cumplimiento de los requisitos de la que se trate, así como las otras garantías que, con igual rango que la del proceso, consagra la Constitución como medio similar: *amparo* y sus diversas variantes, *habeas corpus* y *habeas data*.

Si se quiere historiar lo acontecido en la Argentina respecto de todas estas garantías, se constatará que los jueces siempre fueron hipersensibles ante la deducción de una cualquiera de las mencionadas y remisos a hacer respetar los derechos constitucionales que cada una de ellas defiende, de donde no se advierte la razón que justifica la pronta adhesión de esos mismos jueces a esta seudo tutela que vino a reemplazar a todas ellas, sólo que sin la audiencia previa del afectado que todas exigen. De donde se colige que lo que hubo de hacerse era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica.

Surge claro de lo hasta ahora expuesto que no comparto el poder cautelar genérico como regla, que no acepto la existencia de las medidas innovativas ni de las autosatisfactivas, en razón de no ser cautelas sino ilegítimas sentencias dictadas todas en los arrabales de la Constitución y con olímpico desprecio por su texto expreso.

Apéndice sobre procesos en particular en CPC de Santa Fe

El Libro III del CPC de SFE ("Del proceso en particular") contiene los trámites de los distintos juicios previstos en ese ordenamiento.

Los juicios singulares contenciosos pueden ser *declarativos* (o de conocimiento o de cognición) y *ejecutivos*.

Un cuadro general muestra la clasificación:

<table>
<tr><td rowspan="14">DECLARATIVOS</td><td rowspan="4">Generales</td><td colspan="2">Juicio ordinario (390 / 407)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Juicio sumario (408 / 412)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Juicio sumarísimo (413 / 415)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Juicio arbitral (416 / 441)</td></tr>
<tr><td rowspan="10">Especiales</td><td rowspan="5">Con trámite oral (541 / 570)</td><td>Divorcio (contencioso) (541)</td></tr>
<tr><td>Filiación (541)</td></tr>
<tr><td>Responsabilidad por hecho ilícito extracontractual (541)</td></tr>
<tr><td>Alimentos y litisexpensas (541)</td></tr>
<tr><td>Acciones posesorias y de despojo (541)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Con trámite sumario (408 / 412)</td><td>Desalojo (517 / 526)</td></tr>
<tr><td>División de cosas comunes (537 / 539)</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Con trámite sumarísimo (413 / 415)</td><td>Rendición de cuentas (527 / 530)</td></tr>
<tr><td>Alimentos y litisexpensas fuera Rosario y Santa Fe) (696)</td></tr>
<tr><td>Acciones posesorias y de despojo (fuera de Rosario y Santa Fe) (696)</td></tr>
<tr><td>Procedimiento ante jueces comunales (571 / 579)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Con trámite que varía (540)</td><td>Declarativo de prescripción (540)</td></tr>
<tr><td rowspan="4">EJECUTIVOS</td><td rowspan="2">Autónomos (no requieren juicio de conocimiento previo)</td><td>Juicio ejecutivo (442 / 506)</td></tr>
<tr><td>Ejecución hipotecaria (510 / 516)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">No autónomos (requieren juicio de conocimiento previo)</td><td>Procedimiento ante jueces comunales (571 / 579)</td></tr>
<tr><td>Juicio de apremio (507 / 509)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ejecución de sentencia (261 / 271)</td></tr>
</table>

1. JUICIOS DECLARATIVOS GENERALES

1.1. JUICIO ORDINARIO

En la economía del CPC, el juicio ordinario es el juicio de conocimiento más amplio, residual (arts. 387, a] y 388) y aquel por el que siempre puede optar el actor (art. 388).

Las etapas de la serie procesal están separadas (demanda, citación y emplazamiento, comparendo, posibilidad de excepciones previas, contestación de demanda, apertura de la causa a prueba, ofrecimiento de pruebas del actor, ofrecimiento de pruebas del demandado, producción de la prueba, clausura del período probatorio, alegatos, llamamiento de autos para sentencia) y los plazos son los más amplios legalmente previstos.

Además de tramitarse por esta vía "los juicios declarativos de competencia de los jueces de primera instancia [hoy, jueces de primera instancia de distrito; LOPJ, 70 y ss.] que no tuvieren una tramitación especial o en que se controviertan derechos no susceptibles de apreciación pecuniaria" (art. 387, a]), hace mención expresa a este juicio el art. 596 (petición de herencia) y Lp 11025, 3 (juicio por indemnización de accidentes y enfermedades ocupacionales cuando el trabajador o sus causahabientes opten por los derechos e indemnizaciones que pudieren corresponderles según el derecho civil).

1.2. JUICIO SUMARIO

El juicio sumario es igual al ordinario en cuanto a etapas procesales refiere; sólo se diferencian por la abreviación de los plazos de aquél (p. ej.: el traslado para contestar demanda en juicio ordinario es de 15 días, art. 398, y de 5 en juicio sumario, art. 408).

Se sustancian por el juicio sumario:

a) los juicios declarativos generales cuya cuantía no exceda de la fijada para la competencia por valor de la justicia de paz letrada (hoy, *de circuito*; LOPJ, 109 y ss.) (art. 387, b], 1°);

b) los juicios especiales (art. 387, b], 2°).

Los "juicios especiales" previstos en CPC son:

- desalojo (art. 518);
- división de cosas comunes (art. 537);
- declarativo de prescripción (art. 540) cuando el valor del bien respectivo así lo requiere.

Además, el CPC prevé la vía *sumaria* en los siguientes casos:

- recurso de rescisión (art. 85);
- recurso de reposición (art. 345);
- juicio arbitral, cuando tiene por objeto dar las bases necesarias para la ejecución de una sentencia (art. 428);
- oposición a la partición en juicio sucesorio (art. 613);
- actos de jurisdicción voluntaria que no están legislados en CPC (art. 667);
- oposición a expedición de segunda copia de escritura pública (art. 680);
- juicio de declaración y cesación de incapacidad (art. 682);
- declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 692).

1.3. JUICIO SUMARÍSIMO

El juicio sumarísimo se diferencia del ordinario y del sumario no sólo en cuanto a la abreviación de plazos procesales (p. ej., 3 días para contestar demanda, cuando se trata de incidente que tramita por la vía sumarísima) sino también en cuanto a la *concentración de etapas procesales* (comparendo, contestación de demanda, oposición de excepciones y ofrecimiento de prueba, todo en un solo acto procesal; art. 413, 2° y 3°) y a la *eliminación de etapas procesales* (no hay emplazamiento previo, ni excepciones previas, ni llamamiento de autos; art. 415).

Se sustancian por el juicio sumarísimo:

a) los juicios declarativos generales cuya cuantía no exceda de la fijada para la competencia por valor de la *justicia de paz departamental* (hoy, justicia de circuito, LOPJ, 109 y ss., que ya no distingue entre *paz letrada* y *paz departamental*; por ello, y habida cuenta que los jueces de circuito asumen dentro de sus competencias territoriales las competencias material y cuantitativa de los jueces comunales, parece adecuado que impriman la vía sumarísima a las pretensiones que no excedan de *dos jus*; v. LOPJ, 111 y 124, 1°) (art. 387, c], 1°);

b) los juicios de desalojo, cuando se invoque únicamente la falta de pago (art. 387, c], 2°);

c) todos los incidentes y cuestiones que no tengan una tramitación propia (art. 387, c], 3°).

Además, el CPC prevé la vía *sumarísima* en los siguientes casos:

- rendición de cuentas (art. 527);

- alimentos y litisexpensas (art. 531) y acciones posesorias y de despojo (art. 534) cuando radican ante tribunal que no tiene su asiento en Rosario o Santa Fe (art. 696);
- declaración de prescripción (art. 540) cuando el valor del bien respectivo así lo requiere;
- la demanda inhibitoria (art. 6);
- la declinatoria de competencia (art. 7);
- el recurso de reposición deducido en segunda instancia contra la decisión oficiosa que declara la existencia de la cosa juzgada o de la litispendencia por identidad (art. 141);
- la excepción de prescripción que se deduce con posterioridad al vencimiento del plazo para contestar la demanda [art. 142, 4)]
- la incidencia relativa a la imposición de costas cuando el demandado se allana a la demanda reconociendo sus fundamentos (art. 230);
- la determinación del monto del resarcimiento en caso de incumplimiento del deudor (art. 265);
- la incidencia de sustitución de embargo (art. 285);
- el juicio de declaratoria de pobreza (art. 333);
- las causas declarativas que radican ante los jueces de paz legos, hoy, jueces comunales (art. 572);
- el nombramiento de tutor y curador (art. 687);
- la suspensión o limitación de la patria potestad y la remoción de tutores y curadores (art. 688);
- la declaración de simple ausencia (art. 692).

Además, las leyes de fondo establecen este trámite para diversos casos. A título meramente ejemplificativo, mencionaremos los siguientes:

- la pretensión de revocación judicial de decisiones administrativas que versan sobre autorización de personas jurídicas (CC, 45);
- los conflictos por falta de acuerdo respecto de la modificación introducida por el empresario en la locación de obra, sin permiso del dueño (CC, 1633);
- la pretensión de indemnización de daños o de cesación de molestias ocasionadas en las relaciones de vecindad (CC, 2618);

- los conflictos que versan sobre la administración de la cosa común, mediando empate en las decisiones de los condóminos (CC, 2706);
- la contradicción a la petición de la posesión hereditaria por los herederos testamentarios (CC, 3413);
- la fijación del precio del pasaje en los contratos de fletamento (CCom, 1104);
- la oposición a la celebración del matrimonio (Ln 23515, 183);
- la determinación de la cantidad de obra ajena incluida en obra nueva, a los fines de fijar la proporción de los derechos autorales (Ln 11723, 10);
- la determinación del plazo para entregar la obra por el autor al editor, o para su publicación por éste (Ln 11723, 42);
- La determinación de la retribución que le corresponde al intérprete de una obra literaria o musical por la difusión de su interpretación (Ln 11723, 56);
- la convocatoria a reunión de propietarios del bien sujeto al régimen de propiedad horizontal (Ln 13512, 10);
- las acciones judiciales emergentes de contratos sociales (Ln 19550, 15);
- las pretensiones iniciadas por consumidores o usuarios (Ln 24240, 53).

2. JUICIOS DECLARATIVOS ESPECIALES

2.1. DESALOJO

El juicio de desalojo persigue recuperar la tenencia de un bien ocupado por (o en poder de) quien carece de título para ello. Se aplica en los casos de locación, comodato, intrusión, ocupación o en cualquier otro caso en que la "obligación de restituir o de entregar sea exigible" (art. 517).

Tramita por la vía sumaria, con modificaciones ("especial") (art. 518): no procede la excepción de arraigo, la representación del rebelde, el recurso de rescisión y existen restricciones probatorias (art. 522). Cuando el desalojo se funda en la falta de pago, tramita por la vía sumarísima (art. 387, c], 2°).

2.1.1. DEMANDA ANTICIPADA DE DESALOJO

El actor puede promover el desalojo antes de vencido el término de la ocupación (art. 518), pero la sentencia se cumplirá recién al vencimiento del término. En caso de allanamiento oportuno del demandado, las costas se cargan al actor.

2.1.2. DESALOJO ANTICIPADO

Cuando se trate de intrusos, y a pedido del actor en cualquier momento posterior a la traba de la litis, el juez puede ordenar el desalojo anticipado del inmueble. Para ello, el actor debe demostrar la verosimilitud de su derecho y prestar fianza por los eventuales daños que pueda ocasionar (art. 517, 2° párrafo).

2.1.3. SENTENCIA

La sentencia es apelable y el actor puede pedir el cambio de efecto (a devolutivo) prestando fianza (art. 523).

El juez puede acordar un plazo para la ejecución de la sentencia ("lanzamiento" o "desahucio") de quince días corridos (art. 524).

A los fines de la ejecución de la sentencia contra subinquilinos o terceros ocupantes, es preciso que se los haya notificado debidamente o que se haya cumplido el procedimiento previsto en el art. 520.

2.1.4. IMPOSIBILIDAD DE ACUMULAR PRETENSIONES

El juicio de desalojo, en tanto *especial*, no puede acumularse a otras pretensiones que pudieren existir entre las partes (p. ej. cobro de alquileres, mejoras, etc.) (art. 525).

3. JUICIO DE RENDICIÓN DE CUENTAS

El juicio de rendición de cuentas procede contra todo aquel que administre bienes total o parcialmente ajenos, aunque lo haga en nombre y por cuenta propios.

La rendición de cuentas no implica meramente *informar*, sino que se trata de explicar y justificar los actos cumplidos en la gestión de bienes ajenos y, eventualmente, determinar un saldo deudor o acreedor. No sólo pertenece al ámbito comercial (en que se prevé expresamente la obligación de rendir cuentas, CCom, 68 a 74) sino al ámbito civil (tutor, curador, administrador de sociedad civil, mandatario, gestor de negocios, etc.).

El juicio de rendición de cuentas tiene, eventualmente, tres etapas: la primera, destinada a determinar si existe obligación de rendir cuentas; la segunda, de presentación de cuentas y aprobación o impugnación; la tercera, de eventual cobro ejecutivo del saldo.

3.2.1. PRIMERA ETAPA: DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS

Su objeto radica, exclusivamente, en declarar si el demandado tiene o no obligación de rendir cuentas y, en el primer caso, condenar a hacerlo.

Esta etapa tramita por la vía del juicio sumarísimo (art. 527). El actor debe acreditar la existencia de la relación o situación jurídica en virtud de la cual el demandado está obligado a rendir cuentas de la administración de un bien ajeno.

Si el demandado se allana o si la sentencia es condenatoria, el juez fijará un plazo para que aquél las rinda bajo apercibimiento "de que si así no se hiciere se tendrán por exactas las que presente el actor dentro de los quince días siguientes" (art. 527). Frente a tan claro y terminante apercibimiento, no cabe que el demandado-requerido impugne las cuentas presentadas por el actor-requirente.

3.2.2. SEGUNDA ETAPA: PRESENTACIÓN DE LAS CUENTAS

Si el demandado cumple el requerimiento y presenta las cuentas, "éstas serán pasadas en traslado por diez días al actor" (art. 528) a fin de impugnarlas. Si no lo hace, el juez "las aprobará sin más trámite y sin recurso" (art. 528); si las impugna, "el escrito respectivo se tendrá como demanda y se sustanciará por el trámite que corresponda" (art. 528).

De tal suerte, la impugnación es la que crea un nuevo juicio, que podrá ser ordinario, sumario o sumarísimo, según la cuantía cuestionada.

3.2.3. TERCERA ETAPA: COBRO EJECUTIVO DEL SALDO

El art. 530 prevé la posibilidad de ejecutar anticipadamente "todo saldo reconocido por el obligado... sin que ello importe la exactitud de la cuenta objeto del juicio".

3.3. ALIMENTOS Y LITISEXPENSAS

La pretensión autónoma de alimentos y litisexpensas tramita por la vía del juicio oral en Rosario y Santa Fe (arts. 531 y 541; LOPJ, 68, 1°) y por el juicio sumarísimo en el resto de los distritos provinciales (arts. 696 y 413).

Para los "alimentos provisorios" a que habilita el art. 531, 2° párrafo, en concordancia con CC, 231 y 375.

La fijación de esta cuota alimentaria en juicio oral se efectúa por el juez de trámite, por la vía del juicio sumarísimo incidental (art. 413, 1°).

Si la pretensión de alimentos provisorios es previa a la iniciación de juicio de divorcio, caducan si la demanda no se interpone dentro de los 15 días de notificada la resolución (art. 533).

La prestación de alimentos se hace por mensualidades anticipadas (art. 532).

3.4. ACCIONES POSESORIAS Y DE DESPOJO

Al igual que en el caso anterior, en los asientos judiciales de Santa Fe y Rosario, los juicios posesorios tramitan por la vía del juicio oral (arts. 534 y 541), ante los tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual (LOPJ, 69); en los demás asientos, por la vía del juicio sumarísimo (arts. 696 y 413).

El título regula procedimentalmente el derecho que acuerdan CC, 2469 y 2501, cuyo ejercicio puede efectuarse conforme sus arts. 2487, 2488, 2490 y 2499.

En el art. 535 se consagra un caso de intervención sustitutiva que se conoce doctrinalmente como *laudatio* o *nominatio auctoris* (CC, 2782) y supone que un tenedor ha sido demandado en carácter de poseedor. En tal caso, denunciando quién es el verdadero poseedor, es sustituido por éste sólo si comparece a hacerse cargo del pleito (v. art. 305).

La sentencia que se dicta en los juicios posesorios y de despojo no hace cosa juzgada material (art. 536 y CC, 2482). El efecto devolutivo de la apelación en el caso de *obra nueva* se explica con el texto de CC, 2500.

3.5. DIVISIÓN DE COSAS COMUNES

Se trata de un juicio fundado en el derecho real de *condominio*, para el que CC, 2692 prescribe: "Cada propietario está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometido a una indivisión forzosa".

La competencia territorial está determinada en el art. 5, 6° y el trámite es el del juicio sumario (art. 537).

Para el caso de división de bienes de la sociedad conyugal la competencia material pertenece al tribunal colegiado de familia (LOPJ, 68, 2°) y su sustanciación por el trámite del juicio ordinario (LOPJ, 68, 2°).

El art. 538 prevé la convocatoria a las partes para designar perito tasador y partidor (v. arts. 609 y ss.) o martillero (v. arts. 489 y ss.). Supletoriamente, se aplican las disposiciones de la división de herencia o del juicio ejecutivo, respectivamente.

Para la aprobación de división extrajudicial de bienes, ver art. 539.

3.6. JUICIO DECLARATIVO DE PRESCRIPCIÓN

La previsión legal refiere tanto a la prescripción adquisitiva cuanto liberatoria (CC, 3947, 2°).

La competencia territorial para este juicio está fijada en el art. 5, 6°. La competencia material para el juicio de usucapión corresponde siempre a los jueces de primera instancia de distrito (LOPJ, 72).

El *procedimiento declarativo que corresponda*, se determina conforme lo dispuesto en el art. 387.

Para el caso de juicio de usucapión, el procedimiento está regulado en la Ln 14159 y en la Lp 2486, en cuanto no ha sido modificada por aquélla.

3.7. JUICIO ORAL

El juicio oral es una de las vías por las que puede tramitar una pretensión ante los tribunales colegiados de familia y de responsabilidad extracontractual con sede en las ciudades de Santa Fe y Rosario.

Concretamente, tramitan por la vía del juicio oral:

a) Los litigios que versan sobre divorcio contencioso, filiación y pretensión autónoma de alimentos y litisexpensas (LOPJ, 68, 1°);

b) Los procesos que versan sobre responsabilidad civil extracontractual (LOPJ, 69), siempre que superen las 15 unidades jus (LOPJ, 112);

c) Las pretensiones posesorias y de despojo (art. 534; LOPJ, 69, último párrafo).

3.7.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

El juicio se inicia por demanda escrita (art. 545), que debe ir acompañada del ofrecimiento de toda la prueba (art. 545, salvo art. 546) y que provee el juez de trámite (LOPJ, 67), quien mandará subsanar eventuales errores, defectos u omisiones (art. 547).

Admitida la demanda, se corre traslado al demandado para que comparezca, conteste demanda, eventualmente reconvenga y ofrezca toda su prueba (arts. 548 y 549). Ello así, a menos que oponga excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 552), en cuyo caso y luego de sustanciadas y resueltas éstas (art. 553), vuelve a correr automáticamente el plazo para contestar demanda previamente suspendido (art. 554).

El actor o reconviniente pueden producir contraprueba a los fines de desvirtuar los hechos nuevos invocados por el demandado o reconvenido (art. 550).

Las decisiones del juez de trámite se impugnan por recurso de reposición (si no fueron sustanciadas; art. 344) y por recurso de revocatoria ante el tribunal en pleno (si fueron sustanciadas o son denegatorias de la reposición; LOPJ, 66).

3.7.2. VISTA DE LA CAUSA

Una vez trabada la litis y resueltas las incidencias, el juez de trámite convoca a las partes a una audiencia pública (salvo auto fundado por la que deba ser privada) en la que "se sustanciará la causa con recepción de prueba y debate sobre su mérito" (art. 555).

La convocatoria a la audiencia de vista de causa debe contener las previsiones del art. 556 (ver, asimismo, art. 557) y termina la fase escrita del juicio oral, ya que ella se desarrollará oralmente (art. 560). A partir de la sentencia, y continuando con su ejecución, se vuelve a la fase escrita.

Los apercibimientos para casos de inasistencia de las partes a la audiencia difieren según quién o quiénes sean los inasistentes (ver art. 559): a) si es el actor, se lo tiene por desistido de la demanda, con costas; b) si es el demandado y hubiera contestado demanda, se reciben sólo las pruebas del actor; c) si son ambas partes, se declara la caducidad del proceso con costas por su orden.

La audiencia de vista de causa se celebra ante el tribunal en pleno, bajo sanción de nulidad y automática imposición de costas al ausente (LOPJ, 66).

Abierto el acto,

a) se dará lectura de las actuaciones y diligencias cumplidas (art. 560, 1°);

b) se recibirá la prueba ofrecida por las partes (art. 560, 2°);

c) las partes tendrán intervención en la producción de las pruebas y podrán hacer todas las indicaciones que estimen conducentes a un mayor esclarecimiento, salvo que sean de manifiesta improcedencia o que se advierta un propósito de obstrucción (art. 560, 3°);

d) producida la prueba, el juez de trámite concederá la palabra por su orden al ministerio público, si tuviere intervención, y a las partes, para que aleguen sobre su mérito. La exposición no podrá ser sustituida por escritos y no excederá de treinta minutos (art. 560, 4°);

e) terminado el debate, el tribunal pasará a deliberar en forma secreta y resolverá por mayoría de votos. La sentencia será redactada por el juez de

trámite, a menos que esté en desacuerdo con la mayoría, en cuyo caso lo hará otro magistrado. Vuelto a la sala, se dará lectura del fallo y quedará así notificado a los litigantes (art. 560, 5°);

f) si en el acto de la deliberación se estimare conveniente, por la complejidad de las cuestiones, diferir el pronunciamiento, la sentencia se dictará por escrito dentro de los cinco días posteriores y se notificará a las partes, por cédula (art. 560, 6°);

g) la decisión dictada será irrecurrible respecto de las cuestiones de hecho; solamente procederá la apelación extraordinaria (art. 560, 7°; LOPJ, 42).

3.8. PROCEDIMIENTO ANTE LOS JUECES COMUNALES

Salvo el caso de juicio ejecutivo (arts. 452 y ss.), poco probable atento a la escasísima competencia cuantitativa de los jueces comunales (LOPJ, 124), la norma del art. 572, en tanto impone la vía del juicio sumarísimo para las causas en trámite ante ellos, contradice lo dispuesto en LOPJ, 127: "El procedimiento es verbal y no actuado. Los jueces actúan a verdad sabida y buena fe guardada; sólo dejan constancia escrita de sus resoluciones en el libro que llevan al efecto, foliado y rubricado por el Juez de Circuito del cual dependen a los fines de la superintendencia".

A nuestro juicio y respecto del trámite, priva LOPJ sobre CPC, por ser ley posterior. Aunque no está legislado en CPC, el juicio verbal (al cual refiere el art. 689) es informal y sus eventuales irregularidades pueden ser subsanadas conforme lo dispuesto en el art. 574, que atenúa grandemente los presupuestos de declaración de nulidad procesal (arts. 124 y ss.).

La competencia material y cuantitativa de los jueces comunales está fijada en LOPJ, 123 y 124.

LOPJ, 125 les impone el deber de "...2) efectuar mediación entre las partes de los procesos que radican ante ellos, con el fin de procurar una conciliación. A este efecto, las fórmulas conciliatorias que realicen no configurarán causal de recusación por prejuzgamiento".

El juez que interviene en el recurso de apelación es el de primera instancia de circuito (LOPJ, 113).

ÍNDICE GENERAL

Presentación IX

Abreviaturas XI

LECCIÓN 1
LA CAUSA Y LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO
Y
UNA APROXIMACIÓN A SU IDEA LÓGICA

1. Causa del proceso: el conflicto de intereses 1
2. Posibles soluciones del conflicto de intereses 3
   2.1. Autodefensa 4
   2.2. Autocomposición 4
      2.2.1. Medios directos 4
         2.2.1.1. Desistimiento 4
         2.2.1.2. Allanamiento 4
         2.2.1.3. Transacción 5
      2.2.2. Medios indirectos 5
         2.2.2.1. Amigable composición 5
         2.2.2.2. Mediación 5
         2.2.2.3. Decisión 6
   2.3. Heterocomposición pública 7
3. Razón de ser del proceso 7
4. Aproximación a la idea lógica de *proceso* 8
   4.1. Funciones del proceso 8
   4.2. Nociones de *conflicto, litigio* y *controversia* 8
   4.3. Descripción del método de debate 10
   4.4. Objeto del proceso 12

LECCIÓN 2
LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO Y SU CREACIÓN

EL DERECHO PROCESAL

1. La materia del conocimiento jurídico 15
2. Las normas jurídicas 20

2.1. Determinativas 20
2.2. Estáticas 20
2.3. Dinámicas 21
3. Concepto de *instancia* y su clasificación 22
3.1. Denuncia 24
3.2. Petición 24
3.3. Reacertamiento 25
3.4. Queja 26
3.5. Acción procesal 27
4. Diferencias entre *proceso* y *procedimiento* 29
5. Creación de la norma de procedimiento 30
5.1. Constituyente 31
5.2. Particular 32
5.3. Legislador 33
5.4. Juez 34
5.5. Sociedad 34
6. El derecho procesal 36
6.1. Concepto y contenido del derecho procesal 36
6.2. Carácter del derecho procesal 39
6.3. La codificación procesal 41

LECCIÓN 3
LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

1. Introito 46
2. El impulso procesal 46
3. Los orígenes del problema: un poco de historia 48
4. El sistema inquisitorio 51
4.1. El Concilio de Letrán y su influencia en la idea de proceso 51
4.1.1. La inquisición episcopal 51
4.1.2. La inquisición papal 52
4.1.3. La inquisición española 54
4.2. La legislación inquisitorial española 56
4.3. Las primeras leyes inquisitoriales argentinas 56
4.4. Descripción del método 57
4.5. Aplicación del método en legislaciones de los S. XVIII, XIX y XX 58
4.6. La euforia de los autores europeos y su influencia en América 59
4.7. Su aplicación en la Argentina 59
4.7.1. En lo penal 60
4.7.2. En lo civil 60

5. El sistema acusatorio 60
5.1. Antecedentes 61
5.1.1. Influencia de la Carta Magna en la idea de *proceso* 61
5.1.2. Constitución de los Estados Unidos de América 62
5.1.3. Revolución francesa 63
5.1.4. Constitución argentina 63
5.1.5. Legislación argentina 65
5.2. Descripción del método 65
5.3. Su aplicación en la Argentina 67
5.3.1. En lo penal 67
5.3.2. En lo civil 67
6. El sistema mixto 68
7. Conclusiones 70

LECCIÓN 4
LA ACCIÓN PROCESAL DEL PRETENDIENTE
Y
LA REACCIÓN PROCESAL DEL RESISTENTE

1. Introducción al tema: la defensa en juicio 73
2. Concepto de *acción procesal* 75
3. Requisitos de la acción procesal 81
3.1. Existencia de posibilidad de accionar 81
3.2. Ausencia de caducidad del derecho de accionar 83
3.3. Capacidad jurídica del actor 85
3.4. Adecuada investidura de la autoridad 87
4. Concepto de *reacción procesal* 88
4.1. Reacción del demandado civil 88
4.1.1. Abstención 89
4.1.2. Sumisión 91
4.1.3. Oposición 92
4.1.3.1. Contradicción 93
4.1.3.2. Excepción 93
4.2. Reacción del reo penal 95
5. Requisitos de la reacción procesal 96
5.1. Juicio civil 96
5.2. Juicio penal 96
6. La llamada *acción penal* 97

LECCIÓN 5
LA PRETENSIÓN PROCESAL

1. Concepto de *pretensión procesal* 99
2. Clasificación de las pretensiones procesales 101
2.1. Declarativas de derechos 101
2.1.1. Simplemente declarativas 101
2.1.2. De condena 102
2.1.3. Constitutivas 102
2.2. Ejecutivas 102
2.3. Cautelares 103
2.4. Coexistentes 103
3. Elementos de la pretensión procesal 103
4. Comparación de pretensiones procesales y sus efectos 107
4.1. Indiferencia o independencia 108
4.2. Identidad 109
4.3. Conexidad simple 109
4.3.1. Simple subjetiva 109
4.3.2. Simple objetiva 109
4.3.3. Simple causal 110
4.3.4. Mixta objetivo-causal 110
4.3.5. Mixta subjetivo-causal 111
4.4. Afinidad 111

LECCIÓN 6
LA JURISDICCIÓN

1. Equivocidad del vocablo *jurisdicción* 115
2. Funciones que cumple el Estado 116
2.1. Comparación entre las distintas funciones 118
2.1.1. Jurisdicción y legislación 118
2.1.2. Jurisdicción y administración 118
3. Concepto y elementos de la función jurisdiccional 121
4. Actos llamados de *jurisdicción voluntaria* 124

LECCIÓN 7
LA COMPETENCIA

1. Concepto y fundamento de la competencia 128
2. Pautas para atribuir la competencia judicial 129
2.1. Objetiva 131

2.1.1. Reglas 131
2.1.1.1. Competencia territorial 132
2.1.1.2. Competencia material 134
2.1.1.3. Competencia funcional 135
2.1.1.4. Competencia cuantitativa 137
2.1.1.5. Competencia personal 139
2.1.2. Excepciones 139
2.1.2.1. Prórroga de la competencia 140
2.1.2.2. Fuero de atracción 142
2.1.2.3. Sometimiento a arbitraje 143
2.1.2.4. Conexidad y afinidad procesal 143
2.1.3. Caracteres de la competencia objetiva 145
2.2. Subjetiva 145
3. Medios para atacar la incompetencia 146
3.1. Objetiva 146
3.1.1. Cuestiones de competencia 147
3.1.1.1. Declinatoria 148
3.1.1.2. Inhibitoria 148
3.1.1.3. Requisitos comunes a ambos medios 148
3.1.2. Declaración oficiosa 148
3.1.3. Conflictos de competencia 149
3.2. Subjetiva 150
3.2.1. Recusación 151
3.2.1.1. Causada 151
3.2.1.2. Incausada 153
3.2.2. Excusación 155
3.2.3. Dispensa 156
3.2.4. Actuación posterior 157
4. Caso especial de la competencia federal 157
4.1. Competencia de los tribunales inferiores 157
4.1.1. Competencia federal en razón de la materia 158
4.1.2. Competencia federal en razón de las personas 159
4.1.3. Competencia federal en razón del lugar 160
4.1.4. Competencia federal en razón del grado 160
4.2. Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 160
4.2.1. Competencia originaria de la Corte Suprema 161
4.2.2. Competencia funcional de la Corte Suprema 161

LECCIÓN 8
EL PROCESO COMO MÉTODO

1. Concepto de *proceso* 162
2. Naturaleza jurídica 166

3. Iniciación y desarrollo 167
4. Objeto 170
5. Presupuestos 171
6. Clasificación 175
7. Concepto de *debido proceso* 177
8. Imperativos jurídicos 179

LECCIÓN 9
LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS PROCESALES

1. El problema 183
2. Principios procesales 186
3. Reglas técnicas del debate procesal 190
4. Reglas técnicas de la actividad de sentenciar 197
5. Sistemas procesales 201

LECCIÓN 10
LOS ACTOS DEL TRÁMITE PROCESAL

1. Concepto y estructura del acto procedimental 203
2. Características 204
3. Clasificación 208

LECCIÓN 11
LA REGULARIDAD Y LA IRREGULARIDAD PROCESAL

1. Regularidad del acto procedimental 213
2. Irregularidad del acto procedimental 214
3. Presupuestos de la declaración de nulidad procesal 217
4. Medios para hacer ineficaz a un acto procedimental 223

LECCIÓN 12
LAS PARTES PROCESALES

1. Concepto de parte 225
2. Calidades esenciales de la posición 227
3. Capacidad 228

4. Clasificación 231
5. Legitimación 233
6. Modificaciones en la posición 235
6.1. Transformación 235
6.2. Reemplazo 236
6.2.1. Sucesión 236
6.2.2. Sustitución 238
7. Pluralidad de partes y fenómeno que origina 240
8. Litisconsorcio 242
8.1. Concepto 242
8.2. Clasificación 243
8.2.1. Relación litisconsorcial 245
8.2.1.1. Concepto 245
8.2.1.2. Efectos 246
8.2.2. Relación litisconsorcial necesaria 246
8.2.2.1. Concepto 246
8.2.2.2. Efectos 247
9. Representación procesal 249
9.1. Legal o necesaria 249
9.1.1. De personas jurídicas 249
9.1.2. De personas físicas 251
9.2. Convencional o voluntaria 251
10. Gestión procesal 253

LECCIÓN 13
EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Concepto de *ministerio público* 255
2. Ubicación en el orden estatal 257
3. Composición 259
4. Competencia 261

LECCIÓN 14
EL JUZGADOR Y SUS AUXILIARES

1. El juzgador 266
1.1. El juez 266
1.1.1. Concepto 266
1.1.2. Requisitos 269
1.1.3. Sistemas para la designación 270

1.1.4. Incompatibilidades 275
1.1.5. Garantías y derechos 278
1.1.6. Deberes 283
1.1.6.1. Funcionales 284
1.1.6.1.1. Esenciales 284
1.1.6.1.2. Legales 286
1.1.6.2. Procesales de dirección 286
1.1.6.3. Judiciales de resolución 289
1.1.6.4. De ejecución 301
1.1.7. Facultades 302
1.1.7.1. Ordenatorias 302
1.1.7.2. Conminatorias 304
1.1.7.3. Sancionatorias 306
1.1.7.4. Decisorias 306
1.1.8. Responsabilidad 307
1.2. El árbitro 308
1.2.1. Concepto de arbitraje 308
1.2.1.1. Clases 309
1.2.1.2. Origen 310
1.2.1.3. Litigios sometibles a arbitraje 312
1.2.1.4. Sujetos que pueden promoverlo 313
1.2.1.5. Procedimiento arbitral 313
1.2.1.6. Resolución del arbitraje 313
1.2.1.7. Ejecución del laudo arbitral 314
1.2.2. Concepto de árbitro 314
1.2.2.1. Requisitos 315
1.2.2.2. Distintos tipos 316
1.2.2.3. Derechos 317
1.2.2.4. Facultades y deberes 317
2. Los auxiliares del juzgador 317
2.1. Secretario 318
2.2. Oficiales y auxiliares subalternos 319
2.3. Técnicos 319
2.4. Defensores letrados 320

LECCIÓN 15
LOS TERCEROS INTERESADOS
QUE SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES
Y SU INTERVENCIÓN PROCESAL

1. Concepto de tercero 324
2. Concepto de intervención de terceros 325

3. Requisitos comunes a todo tipo de intervención 325
4. Clases de intervención 328
4.1. De acuerdo con su origen 329
4.1.1. Voluntaria 329
4.1.2. Provocada 329
4.1.3. Necesaria 330
4.2. De acuerdo con la actuación que cumple el tercero 330
4.2.1. Excluyente 331
4.2.2. Coadyuvante 333
4.2.3. Asistente 334
4.2.4. Sustituyente 338
5. Intervención provocada 341
5.1. Concepto y caracteres 341
5.2. Medios para provocar la intervención del tercero 342
5.3. Casos de citación provocada en orden a la finalidad querida por la parte originaria citante 343
5.3.1. La citación para evitar la deducción por el tercero de ciertas defensas en el juicio que eventualmente incoará el citante contra el citado 343
5.3.1.1. Citación por el actor para evitar la deducción por el tercero, en el pleito que eventualmente le incoará, de las defensas personales propias del demandado en el pleito originario 344
5.3.1.2. La citación por el actor o por el demandado para evitar la deducción por el tercero en el pleito que eventualmente le incoará uno de ellos, de la excepción de negligente o defectuosa defensa del propio citante en el pleito originario 345
5.3.2. La citación por el demandado para lograr que el tercero asuma la defensa del citante en el pleito pendiente y que eventualmente se haga cargo en forma personal e inmediata de las condenaciones que contenga la sentencia que allí se emita 349
5.3.2.1. El caso especial de la figura denominada *citación en garantía* por la ley argentina en materia de seguros (Nº 17418) 353
5.3.2.2. El caso especial de la llamada *citación de evicción* 354
5.3.3. La citación por el demandado para lograr que un tercero lo sustituya en el pleito pendiente por ser el único y verdadero legitimado para asumir el papel de demandado 357

5.3.4. La citación provocada por el actor o por el demandado para lograr la deducción de la demanda que eventualmente teme el citante del tercero citado 357
6. Intervención necesaria 359
7. Tercerías 359

LECCIÓN 16
LOS TERCEROS NO INTERESADOS QUE NO SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES

1. Concepto y la razón de ser de la explicación 361
2. Terceros que, interviniendo en el proceso, no se convierten en partes 362
2.1. Testigo 362
2.2. Traductor e intérprete 364
2.3. Perito 365
2.4. Tasador 365
2.5. Delegado técnico o *perito de parte* 366
2.6. Depositarios judiciales 366
2.7. Secuestre 366
2.8. Subastador o martillero 367
2.9. Notario o escribano público 367
2.10. Diligenciador 368
2.11. Oficina de Correos 368
2.12. Tenedor de un documento que interesa a las partes 368
2.13. Fiador judicial 369
2.14. Corporaciones profesionales 369
2.15. Terceristas 370
2.16. Interventor judicial 371
2.17. Beneficiarios de la tributación fiscal 371

LECCIÓN 17
LA DEMANDA JUDICIAL

1. Concepto de *demanda* 373
2. Presupuestos 374
2.1. Supuesto precedente 375
2.2. Supuesto consecuente 375
2.3. Requisitos 375
2.3.1. Intrínsecos de carácter general 376

2.3.2. Intrínsecos específicos de ciertas demandas 380
2.3.2. Extrínsecos de carácter general 380
2.3.3. Extrínsecos específicos de algunas demandas 381
3. Efectos jurídicos 382

LECCIÓN 18
LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LA OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

1. El derecho de defensa en juicio 385
2. Oposición del demandado civil 386
2.1. Contradicción 387
2.2. Excepción 387
2.2.1. Excepciones en el proceso civil 387
2.2.1.1. Que atacan a la acción 389
2.2.1.2. Que atacan a la pretensión 402
2.2.1.3. Que postergan la emisión de la sentencia 409
2.2.1.4. Que atacan a la ejecución de un derecho 411
3. Reconvención 413
4. Presupuestos procesales de la contestación de la demanda 413
4.1. Supuesto precedente de la presentación de la contestación de la demanda 414
4.2. Supuesto consecuente de la contestación de la demanda 414
4.3. Requisitos para la presentación de la contestación de la demanda 414
4.3.1. Requisitos intrínsecos de carácter general 415
4.3.2. Requisitos extrínsecos de la contestación de la demanda 417

LECCIÓN 19
LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

1. El concepto y su relación con el vocablo *prueba* 424
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal 426
2.1. Política legislativa en cuanto a la confirmación procesal 426
2.2. Actividad del juzgador en la etapa confirmatoria 429
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal 432
3.1. Objeto (qué puede ser confirmado) 433
3.2. Tema (qué debe ser confirmado) 433

3.3. Fuente (de dónde se extrae la confirmación) 437
3.4. Incumbencia (quién debe confirmar): sistemas 439
3.5. Medios (cómo se confirma) 447
3.5.1. En general 449
3.5.1.1. Comprobación 449
3.5.1.2. Acreditación 450
3.5.1.1.1. Instrumento 451
3.5.1.1.2. Documento 452
3.5.1.1.3. Monumento 452
3.5.1.1.4 Registro 452
3.5.1.3. Mostración 453
3.5.1.4. Convicción 454
3.5.1.4.1. Confesión 455
3.5.1.4.2. Juramento 458
3.5.1.4.3. Peritaje de opinión 459
3.5.1.4.4. Testimonio 461
3.5.1.4.5. Indicio y presunción 464
3.5.2. En particular 467
3.5.2.1. "Prueba" de confesión 467
3.5.2.1.1. Requisitos 468
3.5.2.1.2. Retractación 470
3.5.2.1.3. Valoración judicial 470
3.5.2.1.4. Absolución de posiciones 472
3.5.2.2. "Prueba" de documentos 475
3.5.2.2.1. Requisitos 475
3.5.2.2.2. Valoración judicial 478
3.5.2.3. "Prueba" de peritos 479
3.5.2.3.1. Requisitos 481
3.5.2.4. "Prueba" de testigos 484
3.5.2.4.1. Requisitos 486
3.5.2.5. "Prueba" de informes 489
3.5.2.5.1. Requisitos 490
3.5.2.6. "Prueba" de indicios y presunciones 491
3.5.2.6.1. Requisitos 491
3.5.2.7. "Prueba" de inspección ocular 492
3.5.2.7.1. Requisitos 493
3.6. Procedimiento (cuándo se confirma) 494
3.6.1. Etapas 495
3.6.1.1. Ofrecimiento 495
3.6.1.2. Aceptación 497
3.6.1.3. Admisión 498
3.6.1.4. Producción 499
3.7. Etapa de alegación 500
3.7.1. Evaluación por las partes 501

3.7.2. Evaluación por el juzgador 501
3.7.2.1. Sistema tasado 502
3.7.2.2. Sistema convictivo 502

LECCIÓN 20
LA ACUMULACIÓN PROCESAL

1. Explicación previa 505
2. Continencia pretensional 506
2.1. Acumulación de procesos 507
2.1.1. Clases 508
2.1.1.1. En el campo de lo civil 508
2.1.1.1.1. Acumulación objetiva 509
2.1.1.1.1.1. Requisitos 510
2.1.1.1.1.1.1. Compatibilidad 510
2.1.1.1.1.1.2. Unidad de competencia 511
2.1.1.1.1.1.3. Identidad de trámite 511
2.1.1.1.1.2. Quién puede efectuarla 511
2.1.1.1.1.3. Oportunidad para acumular 512
2.1.1.1.2. Acumulación subjetiva 512
2.1.1.1.2.1. Hipótesis 513
2.1.1.1.2.1.1. Conexidad 514
2.1.1.1.2.1.2. Identidad 514
2.1.1.1.2.1.3. Incompatibilidad 516
2.1.1.1.2.1.4. Causal y mixta 517
2.1.1.1.2.1.5. Afinidad 518
2.1.1.1.2.2. Requisitos 518
2.1.1.1.2.3. Quién puede efectuarla 518
2.1.1.1.2.4. Oportunidad para acumular 520
2.1.1.1.3. Acumulación por atracción a un juicio universal 520
2.1.1.1.4. Acumulación impropia: la prejudicialidad 522
2.2. Separación procesal 525

LECCIÓN 21
LAS EVENTUALIDADES PROCESALES

1. Explicación previa 527
2. Convergencia y divergencia procesal 530
3. Incidente procesal 531

4. Accidente procesal 533
5. Desplazamiento procesal 533
6. Sucesión procesal 534
7. Apéndice para CPC SFE 534

LECCIÓN 22
LOS MODOS DE TERMINAR EL CURSO PROCEDIMENTAL

1. Terminación del proceso por medios autocompositivos 541
1.1. Unilaterales expresos 544
1.1.1. Desistimiento de la pretensión 544
1.1.2. Allanamiento a la pretensión 546
1.2. Unilateral tácito: deserción recursiva 548
1.3. Bilaterales expresos 548
1.3.1. Transacción 549
1.3.1.1. Requisitos 549
1.3.1.2. Caracteres 551
1.3.1.3. Efectos 552
1.3.2. Desistimiento del proceso 553
1.4. Bilateral tácito: caducidad de instancia 554
2. Terminación del proceso por medio de actividad judicial 557
2.1. Llamamiento de autos 557
2.2. Homologación judicial 558
2.3. Sobreseimiento 559
2.4. Absolución de la instancia 560
2.5. Archivo de la causa 561
2.6. Auto de falta de mérito 561

LECCIÓN 23
LA EFICACIA DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA

1. Eficacia del proceso 563
2. Efectos del método de discusión 563
3. Efectos de la sentencia 564

LECCIÓN 24
EL COSTE DEL PROCESO

1. El problema y sus posibles soluciones 567
2. El coste del servicio 568
3. El coste de la defensa: criterios 569

3.1. Objetivo 570
3.2. Subjetivo 571
4. La condena en costas 573
4.1. Conforme con el criterio objetivo 573
4.1.1. La regla general: costas por su orden 574
4.1.2. Excepciones a la regla: costas al vencido 574
4.1.3. Excepciones a la excepción 575
4.2. Conforme con el criterio subjetivo 575
4.3. Reglas legales de imposición de costas 579
4.4. Contenido de las costas 582
4.5. Alcances subjetivos de la imposición 583
4.6. Naturaleza de la obligación de pagar costas 583
5. El cobro de las costas 584

LECCIÓN 25
EL OBJETO DEL PROCESO: LA SENTENCIA

1. La sentencia 585
1.1. Concepto 585
1.2. Naturaleza 587
1.3. Clasificación 588
1.4. Presupuestos 590
1.5. Efectos 594
1.5.1. Terminación del litigio 595
1.5.2. Conclusión de la actividad jurisdiccional 596
1.5.3. Certeza de las relaciones jurídicas 596
1.5.4. Retroactividad de la solución 597
1.5.5. Caso juzgado 598
1.5.5.1. Concepto 598
1.5.5.2. Clasificación 600
1.5.5.3. Límites subjetivos 601
1.5.5.4. Límites objetivos 603
1.5.6. Ejecutoriedad 605
1.5.7. Prescripción 606

LECCIÓN 26
LA EJECUCIÓN PROCESAL

1. Concepto de *ejecución* 607
2. Juicio ejecutivo 609
2.1. Caracteres del procedimiento actual 612
3. Títulos susceptibles de ejecución 614

3.1. Título ejecutorio 615
3.1.1. Requisitos 617
3.2. Título ejecutivo 617
3.2.1. Requisitos 618
3.2.2. Enunciación 625
4. Procedimiento ejecutivo 626
4.1. Restricciones a la defensa 628
4.2. Efectos de la sentencia 629
5. Crítica 630
6. Juicio monitorio 633

LECCIÓN 27
LA IMPUGNACIÓN PROCESAL

1. Concepto de impugnación 639
2. Medios de impugnación 640
2.1. Reacertamiento 643
2.2. Acción procesal 644
2.2.1. Demanda principal 646
2.2.2. Demanda incidental 647
2.2.3. Excepción 647
2.2.4. Recurso 648
2.3. Queja 649
3. Recursos 650
3.1. En general 650
3.1.1. Conceptos previos 650
3.1.1.1. Naturaleza de la pretensión recursiva 651
3.1.1.2. Juicios que se emiten acerca de un recurso 652
3.1.1.3. Efectos de su concesión 653
3.1.1.4. Naturaleza jurídica de una sentencia sujeta a recurso 655
3.1.2. Clasificación 656
3.1.2.1. "Recursos" que son *reacertamientos* 656
3.1.2.2. "Recursos" que son demandas 657
3.1.2.3. "Recursos" impropios 657
3.1.2.4. Recursos propiamente dichos 658
3.1.3. Renunciabilidad 659
3.1.4. Inimpugnabilidad e irrecurribilidad 659
3.1.5. Política recursiva 660
3.1.5.1. Importancia jurídica 661
3.1.5.2. Importancia económica 671

3.1.5.3. Deducción previa de otros recursos 672
3.1.5.4. Pago de gabelas 674
3.1.5.5. Inexistencia de competencias superiores 674
3.1.6. ¿Constitucionalidad? de la restricción impugnativa 675
3.1.7. Presupuestos de toda impugnación 676
3.1.7.1. Supuestos precedentes de las impugnaciones en general 676
3.1.7.2. Supuestos consecuentes de las impugnaciones en general 677
3.1.7.3. Requisitos generales para deducir impugnaciones 677
3.1.7.3.1. Requisitos extrínsecos 678
3.1.7.3.2. Requisitos intrínsecos 681
3.1.7.4. Requisitos especiales de algunas impugnaciones 683
3.2. Los medios de impugnación en particular 683
3.2.1. La aclaratoria 684
3.2.1.1. La naturaleza de la aclaratoria 684
3.2.1.2. Los presupuestos de la aclaratoria 684
3.2.1.3. El trámite de la aclaratoria 685
3.2.1.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide la aclaratoria 685
3.2.2. La revocatoria 685
3.2.2.1. Naturaleza 686
3.2.2.2. Presupuestos 686
3.2.2.3. Juicios acerca de ella 688
3.2.2.4. Efectos de su interposición 688
3.2.2.5. Trámite 688
3.2.2.6. Impugnaciones que caben contra la resolución que la decide 689
3.2.2.7. La denominada revocatoria *in extremis* 689
3.2.3. La apelación 689
3.2.3.1. Naturaleza 689
3.2.3.2. Presupuestos 690
3.2.3.3. Juicios acerca de ella 692
3.2.3.4. Admisión 693
3.2.3.5. Procedimiento 693
3.2.3.5.1. Modos de tramitar un recurso 693
3.2.3.5.2. Trámites de la apelación 695
3.2.3.5.3. Resolución que decide la apelación y las impugnaciones que proceden contra ella 698
3.2.4. La nulidad 698
3.2.4.1. Naturaleza 698

3.2.4.2. Presupuestos 699
3.2.4.3. Trámite 701
3.2.4.4. Resolución que la decide y las impugnaciones que proceden contra la resolución 701
3.2.5. El directo 703
3.2.5.1. Naturaleza 703
3.2.5.2. Presupuestos 703
3.2.5.3. Trámite 704
3.2.5.4. Impugnaciones que caben contra la resolución 705
3.2.6. El atentado 705
3.2.6.1. Naturaleza 705
3.2.6.2. Presupuestos 706
3.2.6.3. Trámite 707
3.2.6.4. Impugnaciones que caben contra ella 707
3.2.7. La rescisión 707
3.2.7.1. Naturaleza 707
3.2.7.2. Presupuestos 708
3.2.7.3. Trámite 709
3.2.7.4. Impugnaciones que caben contra ella 709
3.2.8. La revisión 709
3.2.8.1. Naturaleza 709
3.2.8.2. Presupuestos 709
3.2.8.3. Trámite 712
3.2.8.4. Impugnaciones que caben contra ella 712
3.2.9. La apelación extraordinaria 712
3.2.9.1. Naturaleza 713
3.2.9.2. Presupuestos 713
3.2.9.3. Trámite 714
3.2.9.4. Impugnaciones que caben contra ella 714

LECCIÓN 28
EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA SOLUCIÓN URGENTE Y ANTICIPADA DE UNA PRETENSIÓN

1. Introducción al tema: las *medidas cautelares* 718
2. El procedimiento cautelar y la petición que lo origina: naturaleza 721
2.1. Los presupuestos de toda cautela 722
2.1.1. El supuesto precedente 722
2.1.2. Los supuestos consecuentes 722

2.1.3. Los requisitos generales 722
2.1.3.1. Extrínsecos 723
2.1.3.1.1. Competencia judicial 723
2.1.3.1.2. Oportunidad 724
2.1.3.1.3. Contracautela 725
2.1.3.2. Intrínsecos 728
2.1.3.2.1. Verosimilitud del derecho 728
2.1.3.2.2. Peligro en la demora 730
2.1.4. Los requisitos específicos 731
2.2. Caracteres de las cautelas admitidas 731
2.3. Clasificación de las posibles cautelas 732
2.3.1. Protegen bienes 733
2.3.1.1. Asegurando la ejecución forzosa de un derecho aún no declarado 733
2.3.1.1.1. Embargo preventivo 733
2.3.1.1.2. Secuestro 741
2.3.1.1.3. Depósito judicial 745
2.3.1.1.4. Inhibición general 745
2.3.1.2. Posibilitando la ejecución forzosa de un derecho ya declarado 747
2.3.1.2.1. Embargo ejecutivo y desposesión del bien embargado 747
2.3.1.2.2. Intervención judicial 748
2.3.1.2.2.1. Intervención recaudadora 749
2.3.1.2.3. Inhibición general 751
2.3.1.3. Manteniendo el *statu quo* mientras se discute sobre ellas 751
2.3.1.3.1. Intervención controladora o informativa 751
2.3.1.3.2. Intervención administradora 752
2.3.2. Protegen derechos por declarar, manteniendo el *statu quo* de bien o de conducta 754
2.3.2.1. Prohibición de innovar 754
2.3.2.2. Prohibición de contratar 756
2.3.2.3. Anotación registral del litigio 756
2.3.3. Protegen personas que litigan o desean hacerlo 757
2.3.3.1. Asegurando su integridad: depósito en casa honesta 757
2.3.3.2. Posibilitando el litigio a quien no puede solventar los gastos propio del proceso: beneficio de litigar sin gastos 760
2.3.3.3. Estableciendo el otorgamiento de fianzas para: 764
2.3.3.3.1. Asumir la defensa en juicio de un pariente 764
2.3.3.3.2. Posibilitar el cobro de eventual imposición de costas: arraigo en juicio 765

2.3.3.3.3. Posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada 767
2.3.3.3.4. Asegurar la comparecencia a juicio de reo penal 767
2.3.4. Protegen la oportuna producción de pruebas 768
2.3.5. Protegen el desarrollo íntegro y regular del proceso penal 771
3. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza 772
3.1. Clasificación de los anticipos 774
3.1.1. Legales 775
3.1.2. Judiciales 775
3.1.2.1. Poderes cautelares genéricos 775
3.1.2.2. Orden de innovar en la situación jurídica 776
3.1.2.3. Sentencia autosatisfactiva 779

APÉNDICE SOBRE PROCESOS EN PARTICULAR EN CPC DE SFE 789